Werner Giesen

DIE GMBH & CO ALS RECHTSFORM DER KOOPERATION IM SINNE DER AUSGLIEDERUNG UND ÜBERTRAGUNG VON FUNKTIONEN WIRTSCHAFTLICH UND RECHTLICH SELBSTÄNDIGER UNTERNEHMEN AUF EIN GEMEINSAMES UNTERNEHMEN

1976

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547212_0029

DIE GMBH & CO ALS RECHTSFORM DER KOOPERATION IM SINNE DER AUSGLIEDERUNG UND ÜBERTRAGUNG VON FUNKTIONEN WIRTSCHAFTLICH UND RECHTLICH SELBSTÄNDIGER UNTERNEHMEN AUF EIN GEMEINSAMES UNTERNEHMEN

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Werner Giesen aus Mülheim/Ruhr
1976

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Großfeld
Dekan: Prof. Dr. Schneider
Tag der mündlichen Prüfung: 17.5.1976

Inhaltsverzeichnis

		Seite
	Methode und Gang der Untersuchung	1
A.	Kooperation als Erscheinungsform unternehmerischer Zusammenarbeit	3
I.	Begriffsinhalt der Kooperation	3
	1. Abgrenzung zur Konzentration	6
	2. Kooperationsformen	9
II.	Kooperation durch gemeinsame Unternehmen	11
	1. Abgrenzung zur Arbeitsgemeinschaft	13
	2. Zur Interessengemeinschaft	14
B.	Die Interessenlage in einem Kooperationsverhältnis und die Struktur der GmbH & Co	16
I.	Die Beteiligten am Kooperationsverhältnis als Träger der Interessen	16
II.	Der Zweck und die Art und Weise der Kooperation als Grundlage der Interssenbewertung	17
	1. Die Erhaltung der Selbständigkeit und die Förderung der Beteiligten	2o
	2. Sicherung der Integration der Mitgliedsunternehmen	22
III.	Struktur der GmbH & Co	24
	1. Typisierung	24
	2. Gestaltungsformen	26
	3. Zulässigkeit der Formen	28
	4. Folgerungen im Hinblick auf die Verwendbarkeit zur Kooperation	29
	a) Die GmbH & Co als Personenhandelsgesellschaft	29
	b) Die Gestaltungsformen der GmbH & Co im Hinblick auf die Kooperation	32
C.	Die Erhaltung und Förderung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen	33
I.	Die Flexibilität der Rechtsform zwecks weitgehender Berücksichtigung von Individualinteressen	33

Seite

1. Die Elastizität der GmbH & Co 35
a) Flexibilität der KG 35
b) Flexibilität der GmbH 37
c) Autonomie der Vertragsgestaltung 38
d) Nachteile 39
2. Haftungsbeschränkung als Mittel zur Sicherung der wirtschaftlichen Selbständigkeit 4o

II. Die wirtschaftliche Förderung der Mitgliedsunternehmen 47
1. Förderung durch Mitgliedergeschäfte 47
2. Der Zweck der Förderung im Verhältnis zum Zweck des Betriebs eines Handelsgewerbes 49
a) Das Erfordernis der unmittelbaren Gewinnerzielungsabsicht 49
b) Gesellschaftsvertragliche Sicherung der Förderung 53
3. Die Zulässigkeit der Zuwendungen an Mitgliedsunternehmen 55
a) Gewinnbegrenzung und Ausschluß der Komplementär-GmbH vom Ergebnis 55
b) Einschränkung der Zuwendungen durch das Institut der verdeckten Gewinnausschüttung 57
c) Gesellschaftsrechtliche Anpassung 59
d) Die Berücksichtigung des Kapitalschutzes in der GmbH & Co 62
aa) Regelung in der KG 62
bb) Schranken des Entnahmerechts der Kommanditisten durch § 3o Abs. 1 GmbH-Gesetz 64
cc) Anwendung des § 3o Abs. 1 GmbH-Gesetz auf die nichtgesellschafteridentische GmbH & Co 69
e) Begrenzung durch insolvenzrechtliche Vorschriften 77
4. Die Förderung im Verhältnis zu § 1 GWB 8o
a) Das Konkurrenzverhältnis zwischen § 1 GWB und §§ 112, 165 HGB 83
b) Die Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens der Kooperationspartner 88

Seite

III. Verwirklichung der Förderung durch interessengerechte Geschäftsführung 95

1. Kontinuität und Neutralität 95

2. Die Einflußnahme der Kooperationspartner auf die Geschäftsleitung des Kooperationsunternehmens 98

a) Rechte als GmbH-Gesellschafter 99

b) Rechte als Kommanditisten 1oo

c) Ausübung des Stimmrechts 1o3

d) Stellung der Geschäftsführer der GmbH als mittelbare Geschäftsführer der KG 1o4

3. Stimmrechtsausschluß bei Mitgliedergeschäften 1o6

a) Mitgliedergeschäfte als mitgliedschaftliche Verpflichtung 1o8

b) Vertragliche Regelung 11o

D. Die Sicherung der Integration der kooperierenden Unternehmen 111

I. Die Gestaltung einer unternehmensbezogenen Mitgliedschaft 111

1. Die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedschaft in der GmbH & Co 112

2. Verknüpfung von Mitgliedschaft und Unternehmen bei Eintritt und Ausscheiden aus dem Kooperationsunternehmen 113

a) Interessengerechte Regelung in der KG 114

b) Unternehmensunschädliche Abfindungsregelung 116

c) Konforme Regelung in der GmbH 12o

3. Die Sicherung der Unternehmensbezogenheit bei Mitgliederwechsel 122

a) Mitgliedschaft in der KG 124

b) Interessengerechte Regelung im Gesellschaftsvertrag 126

c) Mitgliederwechsel in der GmbH 128

d) Koppelung zwecks Erhaltung der Beteiligungsidentität 131

4. Die Sicherung kooperativer Verpflichtungen 133

a) Beschränkung der Verfügungsfreiheit über integrierte Positionen 134

b) Sicherung weiterer Mitwirkungspflichten der Mitglieder durch den Gesellschaftsvertrag 137

Seite

II. Das Interesse der Kooperationspartner an der Einflußnahme auf den Mitgliederbestand in den Mitgliedsgesellschaften 139

1. Interessenlage 139

2. Unmittelbare Einwirkung aufgrund des GmbH & Co-Vertrages 141

3. Vertraglich begründetes 'Stimmrecht' der GmbH & Co 142

a) Zulässigkeit des Stimmrechts für Nichtgesellschafter 143

b) Wirkung des Stimmrechts 144

4. Stimmrechtsbindung 149

a) Allgemeine Zulässigkeit und Wirkung von Stimmbindungsverträgen 149

b) Zulässigkeit und Wirkung der Bindung aller Gesellschafter unter Berücksichtigung des Kooperationszwecks 152

aa) Einschränkung durch § 138 BGB 152

bb) Einschränkung durch die Treuepflicht 155

cc) Erhaltung der Souveränität als Schranke des Außeneinflusses und als Inhalt der Treuepflicht 156

Literaturverzeichnis

"Arbeitskreis GmbH-Reform"	Mitarbeiter: Götz Hueck, Lutter, Mertens, Rehbinder, Ulmer, Wiedemann, Zöllner Die Handelsgesellschaften auf Einlagen - eine Alternative zur GmbH + Co KG? Bd. I der Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Heidelberg 1971.
Aschoff	Kooperation, Referat vor dem 5. Cecios-Kongreß, München 1965 in: Management International, Wiesbaden 1966, S. 797 ff.
Ballerstedt	Handlungswert oder Erfolgsunwert im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in: Festschrift für Franz Böhm 1965, S. 179 ff.
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch, Kommentar 21. Auflage, München 1974.
Baumbach-Hueck	Aktiengesetz, Kommentar, 13. Auflage, München 1968.
-	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 13. Auflage, München 197o.
Barz	Das Ende der GmbH & Co KG, NJW 1972, 465 ff.
Benisch	Kooperationsfibel, herausgegeben vom Bundesverband der Deutschen Industrie, 3. Auflage, Bergisch-Gladbach 1969.
Boesebeck	Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Frankfurt a.M.1938.
Böger	in: Rädler-Raupach, Handbuch der steuerbegünstigten Anlagen, München 1972.
Böttcher	Ausschluß einer Komplementär-GmbH von der Beteiligung am Gewinn und Verlust ihrer GmbH & Co, in: Aktuelle Probleme der GmbH & Co KG, Heft 15 der Schriftenreihe "Rechtsfragen der Handelsgesellschaften", Köln 1967, Seite 92 ff.
Böttcher-Beinert	GmbH + Co - Die moderne Unternehmensform, 3. Auflage, Stuttgart 197o.

Brodmann	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kommentar, 2. Auflage, Berlin-Leipzig 1950.
Brönner-Bünz	Die GmbH & Co KG in Recht und Praxis, Freiburg 1971.
Brüggemann	in: Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Band, 3. Auflage, Berlin 1967.
Busse	Zur Problematik von Stimmbindungsverträgen bei Personengesellschaften, BB 61, 261 ff.
Duden	Über Unternehmenszusammenschlüssen, in: Festschrift für Otto Kunze 1969.
Düringer-Hachenburg-Flechtheim	HGB-Kommentar, Band II, 2. Halbband, 3. Auflage 1932.
Eltermann	Zur Zulässigkeit der Einheits-GmbH & Co unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes, GmbH-Rundschau 1973, 207 ff..
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. Tübingen 1958.
Erman	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen, Zur Frage der Haftung der Hintermänner überschuldeter Gesellschaften, KTS 59, 129 ff.
Erlinghagen	Haftungsfragen bei einer unterkapitalisierten GmbH, GmbH-Rundschau 1962, 169 ff..
Fabricius	Grundbegriffe des Handelsrechts und Gesellschaftsrechts, 2. Auflage 1971.
Feine	Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band III; 3. Abteilung S. 1-694; 1929.
Fetsch	"Abschreibungsgesellschaften" - Gesetzesüberblick und Einzelfragen in: Festschrift für Alexander Knur 1972, S. 65 ff.
Fikentscher	Die Interessengemeinschaft, FIW-Schriftenreihe, Köln 1966, Heft 30.
Fichtner	Austritt und Kündigung bei der GmbH, BB 67, 17 ff.

Fischer-Ulmer	in: Großkommentar zum HGB, 1. Band, 3. Auflage, Berlin 1973.
Fischer, Robert	Die Zulässigkeit und Wirkung von Abstimmungsvereinbarungen, GmbH-Rundschau 1953, 65 ff.
-	Die Grenzen der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte, NJW 54, 78o ff.
Franzheim	Zur Konkursantragspflicht des Geschäftsführers einer GmbH, die Komplementärin einer KG ist, DB 7o, 1675 ff.
Frankfurter-Kommentar	Kommentar zum GWB, § 1; 11. Lieferung.
Friedländer	Konzernrecht, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1954.
Furtner	Die rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung und ihre Sicherung NJW 66, 182.
Gandenberger	Was ist ein Unternehmen? Heidelberg 1963.
Ganßmüller	Abgrenzung des Gesellschafterwettbewerbsverbots, des Wettbewerbsverbots und des Kartellrechts, DB 64, 431 ff.
Gärtner	Handelsrechtliches Wettbewerbsverbot und Kartellvertrag, BB 7o, 946 ff.
Gleiss-Hootz	Die kartellrechtliche Zulässigkeit des gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbots im Recht der OHG, NJW 63, 1339.
Gierke v.-Sandrock	Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Auflage, Berlin 1975.
Götz	Das Wettbewerbsverbot des Gesellschafters einer OHG in handels- und kartellrechtlicher Sicht, JuS 63, 385 ff.
Gonella	Kann die GmbH & Co KG Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihrer allein persönlich haftenden GmbH-Komplementärin sein? DB 65, 1165.

Grochlar	Die Kooperation von Unternehmungen aus organisatorischer Sicht in: Theorie und Praxis der Kooperation, Bd. III der Schriften zur Kooperationsforschung 1973, Tübingen.
Gutberlet	Aufbau und Organisation einer Gruppenkoordination in: 1o Jahre Kartellgesetz, Bergisch-Gladbach 1968, S. 236 ff.
Hachenburg-Schmidt	Kommentar betreffend: Die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1. Bd., 6. Auflage, Berlin 1959.
Haupt	Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, bearbeitet von Reinhardt, Tübingen 1952.
Heck	Weshalb besteht ein von dem Bürgerlichen Rechte gesondertes Handelsprivatrecht, AcP 92, (19o2), 438 ff.
Hefermehl	in: Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Auflage, München und Berlin 1969.
-	Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht, GRUR 66, 651 ff.
Heinze	Zur Bemessung der sog. Risikoprämie der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG, DB 67, 262 ff.
Henninger	Steuerliche Einzelfragen zur GmbH & Co, GmbH-Rundschau 59, 138 ff.
Henze	Die GmbH & Co Kommanditgesellschaft, 1o. Auflage, Stuttgart 197o.
Hesselmann	Handbuch der GmbH & Co, 13. Auflage, Köln-Marienburg 1972.
-	Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 17. 12.1963, GmbH-Rundschau 64, 51.
-	Die Stellung des Geschäftsführers der GmbH & Co in zivil- und steuerrechtlicher Sicht, in: Aktuelle Probleme der GmbH & Co KG, Heft 15 der Schriftenreihe Rechtsfragen der Handelsgesellschaft, Köln 1967, S. 77 ff.

Heymann-Kötter	Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, 2. durchgesehene Auflage, Berlin 1971.
Hofmann	Zum Durchgriffsproblem bei der unterkapitalisierten GmbH NJW 66, 1941 ff.
Hueck, Alfred	Recht der offenen Handelsgesellschaften, 4. Auflage, München 1973.
-	Anmerkung zum Urteil des BGH v. 22.2.1960, AktZ: VII ZR 83/59, in: JZ 60, 491.
-	Ausschluß eines Gesellschafters aus einer GmbH,DB 51, 108 ff.
-	Ausschluß eines Gesellschafters aus einer GmbH - Stellungnahme zum GmbH-Urteil v. 1.4.53, DB 53, 776 ff.
-	Die Bedeutung der Zwangsamortisation für die Sicherung einer Finanzierungs-GmbH, DB 57, 39 ff.
-	Stimmbindungsverträge bei Personenhandelsgesellschaften in: Festschrift für Nipperdey, Bd. I, S. 401 ff.; München-Berlin 1964.
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Band, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt 1963.
Huber	Vermögens-, Kapital- und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts Heidelberg 1970, Bd. II der Heidelberger rechtsvergleichenden und wirtschaftsrechtlichen Studie.
Hunscha	Die Anwendung der §§ 30, 31 GmbH-Gesetz auf Zahlung der GmbH & Co KG an ihre Kommanditisten, GmbH-Rundschau 1973, 257 ff.
Ippen	Die GmbH & Co KG als Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihrer allein persönlich haftenden GmbH-Komplementärin, Diss. Münster 1967.

Jacobi	Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, Festschrift für Ehrenberg, Leipzig 1929.
Jäger-Weber	Konkursordnung, 8. Auflage, 5. Lieferung, Berlin 197o.
Klamroth	Erweitertes Haftungsrisiko der Kommanditisten in der GmbH & Co, BB 72, 428 ff.
Kleim	Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum GWB; Heft 29 der FIW-Schriftenreihe, Köln-Berlin-Bonn-München.
Klauss-Mittelbach	Die GmbH & Co KG, 3. Auflage, Ludwigshaven 1973.
Knur	in: GmbH-Reform, Bad Homberg 197o, S. 165 ff.
-	Die gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbote im Lichte des Kartellrechts, DNotZ 1963, 643 ff.
Kuhn	Haftungsprobleme der GmbH & Co in: Festgabe für Heusinger 1968, S. 2o4 ff.
Lehmann, Heinrich	Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 197o, neubearbeitet von Dietz, Berlin-Frankfurt 197o.
Lieberknecht-Gnauk	Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Wettbewerbsverboten in Personengesellschaften, BB 63, 1967.
Lutz	Gesetzliche Wettbewerbsverbote und Kartellrecht,NJW 1963, 625 ff.
-	Die Arbeitsgemeinschaft und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,NJW 6o, 1833 ff.
Magen	Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote und Kartellrecht, BB 63, 333 ff.
Masur	Zum Ausschluß eines Gesellschafters einer GmbH aus wichtigem Grund, NJW 1949, 4o7 ff.

Mertens	Die Einmann-GmbH & Co KG und Gesellschaftsrechtsdogmatik, GmbH-Rundschau 67, 45 ff.
Mertens-Neupel	Kann eine Personengesellschaft Gesellschafterin einer anderen Personengesellschaft sein? in: GmbH-Rundschau 7o, 111.
Müller-Erzbach	Deutsches Handelsrecht, 3. Auflage, München 1928.
Müller-Erzbach	Die Haftung und die Vermögensbeteiligung des Kommanditisten und des stillen Gesellschafters, besonders im Falle ihrer Anteilnahme an der Unternehmensverwaltung; in: Heymann-Festschrift, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, 727 ff. (zit.:Die Haftung).
Müller-Henneberg-Schwarz	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1963.
Nitschke	Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Bielefeld 197o.
Oesterreich	Theorie der Wettbewerbspolitik in: 1o Jahre Kartellgesetz, Bergisch-Gladbach 1968, S. 87 ff.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 33. Auflage, München 1973.
Peters	Neuzeitliche Gesellschaftsverträge und Unternehmensformen, 4. Auflage 1972, S. 268 ff.
Pfander	Kann eine Personengesellschaft Gesellschafterin einer anderen Personengesellschaft sein? DB 69, 823 ff.
Poeche	Entwicklung der Kooperationsidee in: 1o Jahre Kartellgesetz, Bergisch-Gladbach 1968, S. 115 ff.
Pröbsting	Zur Konkursantragspflicht des Geschäftsführers einer GmbH, die Komplementär einer KG ist, DB 7o, 2428.

Quantz	Wettbewerbsbeschränkungen in Gesellschaftsverträgen, Diss. Göttingen 1963.
Raisch	Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinneswandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965.
Raiser, Thomas	Das Unternehmen als Organisation, Berlin 1969.
Rasch	Kartellvertrag oder Gemeinschaftsunternehmen? WuW 61, 79.
-	in: Rasch-Westrick, Kommentar zum GWB.
Riffel	1o Jahre deutsche Wettbewerbspolitik, in: 1o Jahre Kartellgesetz, Bergisch-Gladbach 1968, S. 3 ff.
Rittner	Kooperation- ein Struktur- und Lenkungsprinzip der Wirtschaft, Heft 19 der Schriften der evangelischen Akademie in Hessen und Nassau, Frankfurt 1969.
-	Kooperation zwischen Gesellschafts- und Kartellrecht in: Theorie und Praxis der Kooperation, Bd. 3 der Schriften zur Kooperationsforschung Tübingen.
Sack	Zur Rechtsnatur der sog. Steuerabschreibungsgesellschaften, DB 74, 1659.
Sandrock	Die Einheit der Wirtschaftsordnung, Frankfurt 1971.
Schefer	Wie kann eine Satzung einer GmbH die Vererbung von Geschäftsanteilen ausschließen? DB 61, 57.
Schilling	in: Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, 2. Bd. und 2. Halbband 1974.
-	Die GmbH & Co als Einheitsgesellschaft in: Festschrift für Karl-Hans Barz, 1974, S. 67-8o.
Schlegelberger-(Bearbeiter)	Handelsgesetzbuch, Kommentar, 4. Auflage, Berlin und Frankfurt 1963; erl. von Geßler, Hefermehl, Hildebrandt, Schroeder; 5. Auflage, 1. Band, München 1973, erl. von Geßler, Hildebrand,Steckhahn.

Schmidt, K.	Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Unterkapitalisierung bei der GmbH & Co KG, DB 73, 2227 f.
Scholz	Klein-Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Auflage, Köln-Marienburg 1960.
Scholz-Fischer	Klein-Kommentar zum GmbH-Gesetz, fortgeführt von Robert Fischer; 6. Auflage, Köln 1962.
Schmücker	Bundeswirtschaftsminister, 2.Lesung der Kartellgesetznovelle im Bundestag am 23.6.65, Protokoll S. 9630.
Schumann	Handelsrecht, I. Band, Wiesbaden 1954.
Sölter	Grundzüge industrieller Kooperationspolitik WuW 66, 223 ff.
-	in: Arno Sölter-Karl Zimmerer, Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse, 1972.
Staub-Pinner	Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin-Leipzig 1932.
Sudhoff	Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co KG 2. Auflage, München 1972.
-	Gesellschaftsvertragliche Gefahrenpunkte im Vertrag der GmbH & Co KG, S. 55 ff in: Aktuelle Probleme der GmbH & Co, Heft 15 der Schriftenreihe "Rechtsfragen der Handelsgesellschaften", Köln 1967.
-	Die gesellschaftsrechtliche Problematik der GmbH & Co KG, NJW 67, 2133 ff.
Thiel	Handelsrecht, 5. Auflage 1875, Bd.II.
v. Tuhr	Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, I. Band, 2. Auflage 1926.
Teichmann	Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, München 1970. Bd. 27 der Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht Köln.
Uhlenbruck	Insolvenzrechtliche Probleme der GmbH & Co KG, GmbH-Rundschau 71, 72.

Veismann	Verbreitung und wirtschaftliche Bedeutung der GmbH & Co KG, GmbH-Rundschau 69, 69.
-	Muß die überschuldete GmbH & Co KG Konkurs beantragen? BB 71, 94o ff.
Vogel	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Auflage, Berlin-Frankfurt 1956.
Weber-Jansen	Unbeschränkt haftende Kommanditisten in der GmbH & Co KG, NJW 71, 1678 ff.
Weipert	Kommentar zum HGB, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Auflage, 2. Band, Berlin 195o.
Westermann, H.P.	Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personenhandelsgesellschaften, Berlin-New York 197o.
Westermann, Harry	Handbuch der Personengesellschafte: Köln-Marienburg 1973
-	Betriebsbezogene Mitgliedschaft bei Genossenschaften in: Festschrift für Geßler, 1971, S. 283 ff.
-	Gedanken zum Unternehmensschutz im Recht der Personenhandelsgesellschaft in: Festschrift für H. Bartholomeyczik, Berlin 1973.
-	Genossenschaftliche Idee und Rechtsform in der modernen Konzentration, Blätter für Genossenschaftswesen 1966, Jg. 112, 2o ff.
Wiedemann	Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München-Berlin 1965; zit.: Wiedemann, S...
-	Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH, in: Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH, Bd. 36 der Arbeiten zur Rechtsvergleichung 1968, Frankfurt
-	Verbandssouveränität und Außeneinfluß in: Festschrift für Schilling 1973, S. 1o5 ff.

Wiedemann	in: Großkommentar zum Aktiengesetz 3. Auflage 1973.
Wieland	Handelsrecht 1. Band, München-Leipzig 1921.
Wiethölter	Die GmbH & Co KG, Chancen und Grenzen, in: Aktuelle Probleme der GmbH & Co KG, Heft 15 der Schriftenreihe Rechtsfragen der Handelsgesellschaften 1967 Köln, S. 3 ff.
Winkler	Die Haftungsverfassung der GmbH & Co, NJW 69, 1oo9 ff.
-	Nichtgewerbliche, ideale, insbesondere politische Zielsetzungen als Inhalt von Gesellschaftsverträgen und Satzungen NJW 197o, 449 ff.
Würdinger	in: Kommentar zum HGB, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 3. Auflage 1967, Bd. 1.
-	Verhältnis von § 112 HGB zu § 1 GWB, WuW 69, 143 ff.
-	Betrachtungen zur Reform der Personalgesellschaften, AcP 144, 129.
Zöllner	Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München und Berlin 1963; Heft 15 der Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht der Universität Köln.

Methode und Gang der Untersuchung

Die Rechtsform der GmbH & Co soll im Hinblick auf ihre Eignung für die Unternehmenskooperation geprüft werden. Prüfungsmaßstab ist somit ihre Verwendbarkeit für die rechtliche Gestaltung eines Kooperationsverhältnisses. Die Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang sie zur Erfüllung dieser Funktion geeignet ist, hängt davon ab, ob durch diese Rechtsform die mit der Kooperation verfolgten Ziele und Interessen verwirklicht werden können.

Für die Untersuchung der GmbH & Co KG als Rechtsform der Unternehmenskooperation bieten sich zwei Methoden an. Einmal kann man von der Rechtsform der GmbH & Co KG ausgehen, ihre Gestaltungsmöglichkeiten, insbesondere ihre Vor- und Nachteile entwickeln und untersuchen, wieweit diese für ein Kooperationsverhältnis Bedeutung haben. Andererseits besteht die Möglichkeit, die Funktion der GmbH & Co KG als Bezugsgrundlage zu wählen und die Rechtsform mit ihren verschiedenen Ausgestaltungen im Hinblick auf die Funktion zu untersuchen.

Die Darstellung der Vor- und Nachteile der GmbH & Co bietet eine unsichere Bezugsgrundlage, da es bei dieser Frage auf den Einzelfall, die Vorstellungen und Ziele ankommt und eine bestimmte Konstellation der Beteiligten voraussetzt. Außerdem besteht die Gefahr, daß nicht alle Interessen, die mit der Bildung eines Kooperationsverhältnisses verbunden sind, angesprochen werden. Für die Beurteilung als Rechtsform ist es aber bedeutsam, ob und wie die Inter-

essen und Vorstellungen der Beteiligten berücksichtigt werden können.
Es ist daher vorteilhafter nicht von den im Allgemeinen herausgestellten Anlässen und Vorzügen, die die GmbH & Co bietet, auszugehen, sondern der zweiten Methode den Vorzug zu geben, weil eine bestimmte Funktion, nämlich als Mittel der Kooperation, vorgegeben ist. Die Verwendung der GmbH & Co KG als Kooperationsform bietet einen konkreten Bezugspunkt, da durch die zugrundeliegende Art und Weise der Kooperation eine bestimmbare Konstellation der Beteiligten vorgegeben ist, auf der sich die Interessenlage entwickeln läßt. Die Prüfung der Rechtsform im Hinblick auf die Interessenlage wird automatisch ihre Vor- und Nachteile herausheben.

Für die Beurteilung der GmbH & Co KG als Rechtsform ist daher auf die sich aus der Zielsetzung der Kooperation ergebende Interessenlage der Beteiligten abzustellen und ausgehend von dieser Grundlage zu fragen, ob die GmbH & Co KG in ihren verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten diesen Interessen Rechnung trägt und inwieweit sie Institutionen bietet, die den Vorstellungen der Partner entgegenkommt. Daher wird zunächst die zu untersuchende Kooperationsform erläutert und abgegrenzt zu anderen Formen unternehmerischer Zusammenarbeit. So dann werden die Struktur der GmbH & Co und ihre verschiedenen Gestaltungsformen dargestellt und die Interessen und Ziele, die typischerweise bei der Zusammenarbeit in einem Kooperationsunternehmen auftauchen, aufgezeigt. Darauf aufbauend werden die Interesen der Kooperationspartner im einzelnen herauskristallisiert und untersucht, ob die Rechtsform der GmbH & Co KG

diesen Interessen gerecht wird.
Wie die Praxis zeigt[1], sind für die Kooperationsverhältnisse alle Rechtsformen verwendbar und gebräuchlich. Für die Entscheidung über die Wahl der geeigneten Rechtsform kommt es daher in besonderem Maße auf die Gestaltung des Einzelfalles an. Ein Vergleich mit anderen Rechtsformen bleibt daher grundsätzlich ausgeklammert. Er kommt nur insoweit in Betracht, als er zum besseren Verständnis für die Darstellung der GmbH & Co KG als Kooperationsform beiträgt.

A. Kooperation als Erscheinungsform unternehmerischer Zusammenarbeit

I. Begriffsinhalt der Kooperation

Die wirtschaftliche Entwicklung in den letzten zehn Jahren zeigt, daß in zunehmendem Maße Unternehmen sich zur gemeinsamen Bewältigung bestimmter Aufgaben zusammenschließen[2]. Die unternehmerische Zusammenarbeit in verschiedenen Betriebsbereichen wie Verkauf, Produktion und Vertrieb ist eine Folge der Anforderungen der industriellen Technik, des steigenden nationalen und internationalen Wettbewerbsdrucks und der dadurch bedingten Rationalisierung[3]. Die überwiegend ökonomischen Ziele werden in der Förderung der beteiligten Unternehmen, in der Verbesserung der Leistungsfähigkeit, der Ausnutzung von Rationalisierungsreserven in allen betrieb-

---

1) Benisch, Kooperationsfibel, S. 174, 278, 357 ff.
2) Poeche, S. 122.
3) Peters, S. 555; Poeche, S. 123.

lichen Funktionsbereichen, der Risikominderung und der Bildung wirksamer Gegengewichtspositionen gegenüber der Marktmacht auf der vor- oder nachgelagerten oder gleichen Wirtschaftsstufe gesehen. Neben diesen einzelwirtschaftlichen Aspekten werden aber auch integrationspolitische Ziele, z.B. Erleichterung der Strukturanpassung auf nationaler und weltwirtschaftlicher Ebene verfolgt[1].
Die unternehmerische Zusammenarbeit in ihren vielfältigen Formen wird durch den Begriff der Kooperation erfaßt[2]. Von jeher gab es in irgendeiner Art und Weise Zusammenarbeit zwischen Unternehmen[3]. Insofern kann Kooperation auf eine traditionsreiche Vergangenheit zurückblicken. Unternehmerische Zusammenarbeit gab es jedoch nicht in Gestalt eines eigenen Phänomens, das einen besonderen Namen verdient hätte[4]. Sie verstand sich von selbst als Teil der Beziehungen zwischen Unternehmen mit den Instrumenten des Privatrechts. Mit dem zunehmendem Bedürfnis nach unternehmerischer Zusammenarbeit und der Bereitschaft zur Förderung der deutschen Wirtschaft hat der Begriff der Kooperation eine nähere Inhaltsbeschreibung erfahren.

Die neue Interpretation des Begriffs der Kooperation stammt aus dem Bereich der Wirtschaftspolitik und kennzeichnete zunächst nach Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zur Unterscheidung des unzulässigen Kartells alle Formen wettbewerbspolitisch billigenswerter Zusammenarbeit,

---

1) Benisch, Kooperationsfibel, S. 59 m.w.Nachw.,62,63.
2) Grochlar, S. 1.
3) Peters, S. 525.
4) Rittner, Kooperation, S. 9.

die der Rationalisierung, der Leistungssteigerung und der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit dienen[1]. Allein durch das Streben nach wettbewerbsfähigen Einheiten[2] und nach der Bildung wirksamer Gegengewichte zu den zunehmenden Betriebsgrößen[3] sind noch nicht der Sinngehalt der Unternehmenskooperation und seine Erscheinungsformen erschöpfend dargestellt. Diese Zielsetzungen bieten mehrere Möglichkeiten unternehmerischer Entfaltungstätigkeit i.S. der Kooperation. Zur Kennzeichnung und Einordnung dieser wirtschaftlichen Entwicklung haben sich mehrere Autoren um eine Definition bemüht, ohne daß sich bisher ein einheitlicher Kooperationsbegriff herausgebildet hat[4]. Mangels rechtlicher Folge kommt es auf die Bemühungen um eine präzise Begriffsfassung nicht an. Die Definitionen haben insofern Bedeutung, als

---

1) Benisch, Kooperationsfibel, S. 59.

2) Bundeswirtschaftsminister Schmücker, 2. Lesung der Kartellgesetznovelle im Bundestag am 23.6. 1965, Protokoll, S. 963o.

3) Benisch, S. 59.

4) Aschoff, Vorsitzender des Wirtschaftsausschusses in der vierten Legislaturperiode, Referat vor dem 5. Cecios-Kongress, München 1965, bezeichnet als Kooperation "jede innerhalb eines vom Staat gesetzten Rahmens stattfindende freiwillige Zusammenarbeit selbständiger Unternehmen mit dem Ziel, bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung ihrer Entscheidungsfreiheit durch Zusammenarbeit auf einzelnen Gebieten technischen und wirtschaftlichen Fortschritt zu realisieren"; Sölter WuW 66, 236 sieht in der Kooperation die durch Vertrag, Empfehlung oder sonstige Abstimmungen bewirkte teilweise oder volle Funktionskoordinierung zwecks Förderung der Wettbewerbsfähigkeit; vgl. Benisch, S. 6o m.w.ähnlichen Formulierungen der Kooperation; teilweise wird Kooperation auch als Unterfall der Konzentration betrachtet, teilweise auch als übergeordneter wirtschaftlicher Begriff für alle Formen unternehmerischer Zusammenarbeit einschließlich der Konzentrationsformen vgl.Sölter in:Handbuch der Unternehmenszusammenschlüsse; aus organisatorischer Sicht versteht Grochlar, S. 1, unter Kooperation eine Unternehmensverbindung, in der die Erfüllung gleichartiger, deligierter Teilaufgaben der Mitgliedsunternehmen koordiniert wird.

sie die Kooperation als wirtschaftliches Phänomen umschreiben. Einig ist man sich in Praxis und Literatur darüber, daß als wesentliches Merkmal der Kooperation von Unternehmen die rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen anzusehen ist[1].

1. Abgrenzung zur Konzentration

Durch die Förderung der Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen ist auch der Unterschied zur wirtschaftlichen Konzentration gekennzeichnet.
Der ursprünglich in der Wirtschaftswissenschaft entwickelte Konzentrationsbegriff sieht in der Konzentration eine Verringerung der Anzahl der Marktpartner auf einem bestimmten Markt[2]. Die moderne Wirtschaftswissenschaft[3] geht von einem weiten Konzentrationsbegriff aus und interpretiert ihn als jede Form von wirtschaftlicher Macht, Ballung von Mitteln und Gestaltungsmöglichkeiten. Kennzeichen der Konzentration ist jedoch nach beiden Definitionen die wirtschaftliche Beherrschung der beteiligten Partner oder eines Marktes. Von der Fusion und dem Konzern, den Konzentrationsformen im engeren Sinne unterscheidet sich die Kooperation dadurch, daß die beteiligten Unternehmen ihre wirtschaftliche und rechtliche Selbständigkeit zueinander bewahren. Während die Fusion den Verlust der rechtlichen und wirtschaftlichen Selbständigkeit der fusionierten Unternehmen zur Folge hat, bleibt in einem Konzern

---

1) Peters, S. 554; Grochlar, S. 1; Österreich, S.111; Benisch, Kooperationsfibel, S. 6o m.w.Nachw.

2) Vgl. Peters, S. 55o.

3) Management-Enzyklopädie Band 3, Stichwort "Konzentration"; Peters, S. 55o.

zwar die rechtliche Selbständigkeit unangetastet, die Mitgliedsunternehmen geben aber ihre wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit auf. Die Konzentration verknüpft die Partner zu einer Unternehmenseinheit und einer beherrschenden Unternehmensleitung[1], so daß den beteiligten Unternehmen keine eigene unternehmerische Entscheidungsfreiheit mehr bleibt. Rechtlich zwar selbständige Unternehmen bilden wirtschaftlich eine Einheit und unterstehen einer einheitlichen Führung. Maßgebliches Kriterium für die Beurteilung der selbständigen Entscheidungsbefugnis eines Unternehmens ist die Weisungsabhängigkeit von einem anderen Unternehmen.[2]

Soweit bei der Kooperation Unternehmensfunktionen der beteiligten Unternehmen ausgegliedert und auf das gemeinsame Unternehmen übertragen werden, ist dadurch zwar auch in die alleinige Entscheidungsfreiheit der Mitgliedsunternehmen eingegriffen, im übrigen bleibt jedoch die wirtschaftliche und rechtliche Herrschaftsmacht der Mitgliedsunternehmen unberührt. Hinsichtlich der den beteiligten Unternehmen verbleibenden Aufgaben und Funktionen sind sie in ihrer unternehmerischen Entscheidung unabhängig. Von der Überlegung her, daß die Konzentration als Beherrschung des Marktes und der Partner gekennzeichnet ist, stellt sich zwangsläufig die Kooperation, die im Gegensatz dazu auf Erhaltung der wirtschaftlichen und rechtlichen Selbständigkeit

---

1) Kleim, S. 21.

2) Fikentscher, S. 35 u. 36.

der Partnerunternehmen gerichtet ist, als Gegenbegriff dar[1]. Die wirtschaftliche Entwicklungsform der Konzentration hat für das Einzelunternehmen zur Folge, daß dieses mit Großunternehmen in Konkurrenz treten und, weil es bestehen will, bessere und billigere Leistungen erbringen muß. Infolge mangelnder Kapitalmittel wird das Einzelunternehmen dazu nicht immer in der Lage sein und zwangsläufig seine Selbständigkeit verlieren. Organisiert in einem Kooperationsverband jedoch kann die Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen erhalten bleiben und dennoch durch die Erfüllung ausgegliederter Funktionen durch ein gemeinsames Unternehmen ein gegenüber den Konzentrationsformen ausgleichendes Marktgewicht bewirken. Das zeigt sich insbesondere dann, wenn die Partnerunternehmen auch neue Aufgaben, die die Einzelunternehmen bisher mangels Kapitals oder aus sonstigen wirtschaftlichen Gründen nicht haben erfüllen können, gemeinsam bewältigen[2]. Die Übertragung neuer Aufgaben, wie z.B. die Erweiterung des Produktionsbereichs, die Einrichtung einer Forschungs- und Entwicklungsabteilung usw. erhöhen die Wirtschaftskraft der Beteiligten, bilden somit ein stärkeres Marktgewicht, berühren aber nicht die Wesensmerkmale der Kooperation, nämlich die Selbständigkeit der Einzelunternehmen. Somit fallen auch solche Unternehmen, die lediglich zu dem Zweck gegründet worden sind, solche Funktionen zu übernehmen, die die Einzelunternehmen bisher nicht haben ausüben können, unter den Begriff der Kooperation, soweit die beteiligten Unternehmen im übrigen selbständig bleiben.
Im Hinblick auf die Begegnung mit der Konzentration

---

1) Westermann, Blätter für Genossenschaftswesen 1966, Jahrgang 112, 21.

2) Westermann, aaO..

ist eine derartige wirtschaftliche Entwicklung geradezu zwangsläufig. Diese Tendenz kann insbesondere bei Kooperationsverhältnissen eintreten, die über längere Zeit in wenigen Teilbereichen erfolgreich bestanden haben, und deren Beteiligte nunmehr z.B. zur Eröffnung neuer Märkte daran interessiert sind, ein breiteres Sortiment vorzuweisen.

2. Kooperationsformen

Die Art und Weise der Kooperation stellt sich in vielfältigen Formen dar. Zur Erreichung der erstrebten Ziele haben sich in der Praxis typische Kooperationsrichtungen herausgebildet[1]. Horizontale Kooperation, d.h. Zusammenarbeit der Unternehmen der gleichen Branche und/oder Marktstufe, ist im allgemeinen auf eine bessere Marktposition gegenüber der vor- oder nachgelagerten Marktstufe gerichtet. Nur so können z.B. Einkaufsgemeinschaften durch kollektiven Druck bessere Angebotsbedingungen ihrer Lieferanten durchsetzen.
In der vertikalen Kooperation wird die Stärkung der Marktstellung gegenüber Wettbewerbern durch Verbindung von Unternehmen unterschiedlicher Marktstufen (z.B. Zuliefersystem) erreicht. Bei komplementärer oder konglumerater Kooperation liegen die Vorteile in dem Zusammenwirken von Unternehmen verschiedener Branchen, z.B. bei der Herstellung von Erzeugnissen, die sich aus Teilen verschiedener Branchen zusammensetzen (Herstellung landwirtschaftlicher Nutzfahrzeuge).

---

1) Benisch, Kooperationsfibel, S. 49 ff.

Im übrigen ist die Kooperation nicht auf die genannten Möglichkeiten beschränkt, vielmehr sind die Kooperationsverhältnisse nach den Bedürfnissen der Partner in Mischformen möglich. Besondere wirtschaftliche Bedeutung kommt der Gruppenkooperation zwischen mehreren mittelständischen Unternehmen zu, weil dadurch die Position gegenüber größeren Wettbewerbern verbessert werden kann[1]. Sie beinhaltet in den meisten Fällen die gemeinsame Ausübung von Hauptfunktionen, wie z.B. Verkauf, Einkauf oder Verwaltung[2].
Auch bei Großunternehmen kann die Notwendigkeit bestehen, im Bereich der Forschung und Entwicklung zusammen zu arbeiten, weil die Zusammenfassung technologischer Kenntnisse und Patente sowie die Vermeidung von Doppelinvestitionen oft notwendig sind, um in der internationalen Konkurrenz bestehen zu können[3].

Je nach der Intensität vollzieht sich die Kooperation in tatsächlichem Verhalten sowie auf vertraglicher Grundlage, in lockerer oder gelegentlicher Zusammenarbeit oder in ständiger Zusammenarbeit in gesellschaftsrechtlichen Formen.
Entsprechend der speziellen wirtschaftlichen Zielsetzung umfaßt Unternehmenskooperation jegliche Art

---

1) Benisch, Kooperationsfibel, S. 49 ff.

2) Kleim, S. 27 ff. weist als Beispiel für den tatsächlichen wirtschaftlichen Erfolg auf eine Einkaufsgemeinschaft der Textilbranche hin, wobei die beteiligten Gesellschafterunternehmen bis zu 25% der Kosten für das Verpackungsmaterial einsparen.

3) Beispiele dafür sind die Gründung der Gemeinschaftsunternehmen von Daimler und MAN, sowie die Kraftwerke Union, ein Gemeinschaftsunternehmen von Siemens und AEG Telefunken, vgl. Wiethölter,S.33.

des Zusammenwirkens zum Zweck der Förderung der Beteiligten in Form der Anpassung von Verhaltensweisen, wie sie von jeher durch Verbände, Fachgremien[1] betrieben wird, über die gemeinsame Ausübung bestimmter Unternehmensfunktionen[2] bis zur Ausgliederung und Übertragung von Unternehmensfunktionen auf gemeinsam betriebene Unternehmen.

II. Kooperation durch gemeinsame Unternehmen

Die hier zu untersuchende Kooperation besteht organisatorisch in der zuletzt genannten intensiven Form eines gemeinsamen Unternehmens. Dabei handelt es sich um wirtschaftlich und organisatorische Einheiten, die auf Dauer angelegt sind, also um Unternehmen im allgemeinen rechtlichen Sinne, die unter Einsatz materieller Mittel einer gewerblichen Tätigkeit nachgehen[3]. Rechtlich gesehen handelt es sich bei dem gemeinsamen Unternehmen um eine von zwei oder mehreren kapitalmäßig beteiligten Unternehmen abhängige Tochtergesellschaft[4]. Die beteiligten Unternehmen sind als rechtliche Einheit Gesellschafter dieser Tochter- oder Kooperationsgesellschaft. Da Unternehmen lediglich Wirtschaftsobjekte und keine Rechtssubjekte darstellen[5], sie somit nicht

---

1) Etwa in Form der Normung von REFA und Rationalisierungsarbeiten.

2) Benisch, Kooperationsfibel, S. 61 und 62.

3) Huber, S. 471; Hueck-Nipperdey, S. 97; Enneccerus-Lehmann, 1. Halbband, § 131 II; Jacobi, Festschrift für Ehrenberg, S. 2o.

4) Peters, S. 555.

5) Th. Raiser, S. 11o ff. charakterisiert Unternehmen von einer bestimmten Größenordnung an auf der Grundlage der Organisationssoziologie als juristische Person.

Normaddressat und Träger von Rechten und Pflichten sein können, sind sie je nach ihrer Rechtsform als GmbH, AG usw. aber auch als Einzelkaufmann, OHG oder KG Gesellschafter der Kooperationsgesellschaft.

Zwar sind die Personenhandelsgesellschaften Personengesamtheiten ohne Rechtsfähigkeit. Sie treten jedoch im Rechtsverkehr als selbständige Einheit auf und können eine selbständige Haftung übernehmen[1]. Es ist daher anerkannt, daß sie als Personengesamtheit die Funktion eines Gesellschafters übernehmen können[2].

Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht wird das gemeinsame Unternehmen als Organisationsform der Kooperation häufig als Gemeinschaftsunternehmen oder Funktions- bzw. Teilfunktionsgemeinschaft bezeichnet[3]. Dabei handelt es sich um wirtschaftliche Begriffe, die auf die wirtschaftssoziologische Gestaltung der Unternehmensorganisation und die Zielsetzung der Gemeinschaft abstellen. Danach bezeichnet man diese als Gemeinschaftsunternehmen, wenn sie ein selbständiges Erwerbsunternehmen mit eigenem Tätigkeitsbereich sind, der sich sachlich von dem der Mitgliederunternehmen unterscheidet[4], oder - anders ausgedrückt[5] - wenn es sich um ein Unternehmen mit sog. vollen Unternehmensfunktionen handelt, das wirtschaftlich unabhängig von den Mit-

---

1) Hueck, Recht der OHG, S. 22; Westermann, Handbuch, Rdn. 49, 355.

2) Hueck, Recht der OHG, S. 22.

3) Kleim, S. 2 ff., S. 23 ff.; Grochlar, S. 73; Rasch, WuW 61, S. 84; Friedländer, S. 123.

4) Benisch, Kooperationsfibel, S. 63.

5) Hefermehl, GRUR 66, 652.

gliederunternehmen arbeiten könnte (z.B. Produktion neuer Erzeugnisse) und auch ohne wirtschaftliche Verbindung mit den Gesellschafterunternehmen lebensfähig wäre.
Erfüllt das gemeinsame Unternehmen lediglich einen Hilfszweck, in dem es Teilfunktionen der Gesellschafterunternehmen ausübt (Vertrieb, Einkauf), kennzeichnet man es als Funktionsgemeinschaft oder Teilfunktionsgemeinschaft[1] weil es von seiner wirtschaftlichen Aufgabe her kein eigenständiges Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne[2] darstellen, sondern quasi als Hilfsunternehmen für die Gesellschafterunternehmen fungieren soll.

Unabhängig von diesen wirtschaftswissenschaftlichen Unterschieden besteht die Besonderheit des gemeinsamen Kooperationsunternehmens darin, daß es der unternehmerischen Zusammenarbeit auf einem bestimmten Tätigkeitsbereich auf Dauer dient und von einer Gemeinschaft getragen wird, die aus untereinander rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Unternehmen besteht.

1.. Abgrenzung zur Arbeitsgemeinschaft

Von einer Arbeitsgemeinschaft unterscheidet sich das gemeinsame Unternehmen in seiner Ziel- und Zwecksetzung. Arbeitsgemeinschaften stellen den Zusammenschluß mehrerer Unternehmen für den Zweck dar, eine sachlich und zeitlich begrenzte Leistung gemeinsam zu erbringen[3], wobei die beteiligten

---

1) Kleim, S. 22; Rasch, WuW 61, 84; Hefermehl, GRUR 66,652.

2) Als Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne werden sie teilweise nicht anerkannt, weil ihnen wegen ihrer fehlenden Unabhängigkeit der typische Unternehmenscharakter fehle, so Kleim, S. 22; Gandenberger, S. 26; Grochlar, S. 73.

3) Kleim, S. 22.

Unternehmen rechtlich und wirtschaftlich selbständig bleiben. Im Unterschied zur Zielsetzung der gemeinsamen Unternehmen i.S. der Kooperation durch eine dauerhafte Ausgliederung und Übertragung zu Unternehmensfunktionen besteht das Ziel der Arbeitsgemeinschaften darin, eine konkrete Aufgabe (Herstellung einer Brücke) zu erfüllen und nach deren Erledigung sich wieder aufzulösen[1]. Die Zusammenarbeit der beteiligten Unternehmen ist nicht auf Dauer gerichtet. Eine Arbeitsgemeinschaft ähnelt daher mehr einer Gelegenheitsgesellschaft, weil auch diese nur zur Erledigung einer bestimmten Aufgabe und nicht auf Dauer errichtet wird[2]. Die Erledigung der konkreten Aufgabe einer Arbeitsgemeinschaft erfordert in der Regel auch nicht die Organisation eines Unternehmens in wirtschaftlichem Sinne. Ähnlich wie eine Gelegenheitsgesellschaft wird sie daher auch üblicherweise in der Rechtsform der BGB-Gesellschaft begründet.

2. Zur Interessengemeinschaft

Auch die unternehmerische Zusammenarbeit in der Form der Interessengemeinschaft beläßt den beteiligten Unternehmen in Gestalt der nichtkonzernierten Interessengemeinschaft[3] ihre rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit. Bei sog. konzernierten Interessengemeinschaften jedoch unterstellen sich die Mitglieder einer Interessengemeinschaft einer einheitlichen unternehmerischen Leitung und büßen somit ihre wirtschaftliche Selbständigkeit

---

1) Fikentscher, S. 41.

2) Lutz, NJW 60, S. 1833; Enneccerus-Lehmann, § 175 II; Kleim, S. 22.

3) Fikentscher, S. 39 ff.

ein[1]. Aber auch die nichtkonzernierte Interessengemeinschaften unterscheiden sich durch ihre Zielsetzung und Art und Weise der Zusammenarbeit der beteiligten Unternehmen von den Gemeinschaftsunternehmen bzw. Funktionsgemeinschaften. Die Aufgabe der Interessengemeinschaft besteht nämlich nicht in der Übernahme von ausgegliederten oder übertragenen Unternehmensfunktionen oder Teilfunktionen der beteiligten Unternehmen, vielmehr stellen Interessengemeinschaften lediglich Gewinngemeinschaften der beteiligten Unternehmen dar[2]. Grundgedanke der Interessengemeinschaft ist, daß das unternehmerische Risiko der Mitgliederunternehmen von allen Beteiligten getragen wird[3]. Die Pflicht der Mitglieder der Interessengemeinschaft besteht im wesentlichen darin, ihren Gewinn ganz oder teilweise entweder einer bestimmten Rechnungsperiode oder eines bestimmten Geschäftszweiges der Interessengemeinschaft zur Verfügung zu stellen.
Die Aufgabe der Interessengemeinschaft besteht in der Vergemeinschaftung der Gewinne zum Zweck des Risikoausgleichs, indem diese aufgrund eines bestimmten Verteilungsschlüssel wieder an die einzelnen Unternehmen verteilt werden[4]. Organisatorisch erfolgt der Gewinn- und Verlustausgleich entweder durch Einzahlung des Gewinns in eine gemeinsame Kasse mit anschließender Verteilung oder durch Verrechnung. Reine Interessengemeinschaften werden i.d.R. in der Rechtsform der BGB-Gesellschaft

---

1) Fikentscher, S. 52.
2) Kleim, S. 2o.
3) Fikentscher, S. 41.
Kleim, S. 21.

betrieben.

B. Die Interessenlage in einem Kooperationsverhältnis und die Struktur der GmbH & Co

I. Die Beteiligten am Kooperationsverhältnis als Träger der Interessen

Die Frage der Rechtsform der Unternehmenskooperation hängt von der Interessenlage in einem Kooperationsverhältnis ab. Die Darstellung der Interessenlage setzt zunächst die Feststellung der am Kooperationsverhältnis beteiligten Interessenträger voraus. Dabei kommt es nur auf die Beteiligten an, die mit Hilfe der Kooperation gemeinsam wirtschaftliche Ziele verfolgen. Es handelt sich also um diejenigen Rechtssubjekte, die sich zu einem gemeinsamen Unternehmen in einer gesellschaftsrechtlichen Form zusammenschließen, somit ein Rechtsverhältnis begründen, das ihre Zusammenarbeit und die daraus entstehenden Beziehungen regeln soll.
Kooperationspartner und damit Beteiligte an dem Kooperationsverhältnis sind die in dem gemeinsamen Unternehmen verbundenen rechtliche und wirtschaftlich selbständigen Unternehmen. Diese stellen als wirtschaftliche und organisatorische Einheit jedoch keine Rechtssubjekte dar, können folglich auch nicht Träger von Interessen sein[1]. Normaddressat und Zurechnungssubjekt für Rechte und Pflichten und die Interessen, die das Unternehmen als Wirtschaftsobjekte betreffen, sind die Personen, denen die Sachen und Rechte, die die Grundlage des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit darstellen, zuzurechnen sind. Im wirtschaftlichen Sinne handelt es sich um die Inhaber oder Träger des Unternehmens,

---

1) a.A. Th. Raiser, vgl. Fußn. 5, Seite 11.

die man auch im Unterschied zu dem von ihnen getragenen Wirtschaftsobjekt, dem Unternehmen, als "Unternehmer" bezeichnen kann. Je nach der Rechtsform der beteiligten Unternehmen sind somit die Interessen ihrer Gesellschafter bzw. der Personen, die am Kapital beteiligt sind, zu untersuchen. Ihre Interessen sind im Hinblick auf die Verwendung der GmbH & Co von Bedeutung, weil sie mit der Kooperation wirtschaftliche Ziele verfolgen und dementsprechend um die Verwirklichung, Sicherung und Berücksichtigung ihrer Interessen bemüht sind.

II. Der Zweck und die Art und Weise der Kooperation als Grundlage der Interessenbewertung

Je nach dem Einzelfall werden unterschiedliche Vorstellungen und Interessen die Bildung von Kooperationsverhältnissen prägen. Diese ergeben sich im einzelnen aus den Besonderheiten der Branche und sonstiger wirtschaftlicher Faktoren, insbesondere aber aus der Art und dem Umfang der auszugliedernden Teilaufgaben und den Eigenarten des Einzelunternehmens. Da im Rahmen der generellen Beurteilung der GmbH & Co diese Überlegungen und Ziele organisatorischer und wirtschaftlicher Art des Einzelfalles zwangsläufig nicht berücksichtigt werden können, ist unabhängig von den Einzelintentionen die Interessenlage in rechtlicher Hinsicht zu bewerten, wie sie sich generell aus dem Zweck und der zugrundeliegenden Art und Weise der Kooperation ergibt.
Zweck der Kooperation ist es, die Stellung der beteiligten Unternehmen auf dem Markt als selbständige Wirtschaftseinheiten zu stärken. Dieses soll zwar nach der zugrundeliegenden Art und Weise

der Kooperation durch eine organisatorische und wirtschaftliche Kopplung an ein gemeinsames drittes Unternehmen erreicht werden. Die Ausgliederung bestimmter Funktionen auf das Kooperationsunternehmen zwingt die beteiligten Einzelunternehmen jedoch trotz im übrigen bestehender wirtschaftlicher und rechtlicher Selbständigkeit zur Einhaltung von für alle verbindliche Regeln für die Gestaltung der Arbeitsfolge, der einheitlichen Verwendung bestimmter Marken, Sortimente, der Berücksichtigung bestimmter Fristen, Verkaufsgrundsätze usw.. Erforderlich ist somit eine strukturelle und funktionelle Anpassung. Dadurch wird tatsächlich die Betriebsführung der Mitgliederunternehmen je nach dem Umfang der Ausgliederung auf das gemeinsame Unternehmen bezogen.

Ähnlich wie die Betriebsführung der Mitgliederunternehmen entsprechend dem Umfang der Verflechtung auf das Kooperationsunternehmen bezogen wird, wird das Kooperationsunternehmen auf die Interessen und Belange der Mitgliederunternehmen abgestellt. Die betriebliche Bezogenheit ist somit wechselseitig und kann ein intensives betriebliches Zusammenspiel begründen. Die gegenseitige Ausrichtung führt zu einer tatsächlichen betrieblichen Verzahnung, die nicht ohne weiteres und ohne Hervorrufen der Gefahr für den Bestand der beteiligten Unternehmen gelöst werden kann, weil der Ausfall eines Betriebes in Folge der funktionalen Abhängigkeit zu verhängnisvollen Folgen führen kann.

Im Vordergrund steht somit nicht die kapitalmäßige Beteiligung. Die Verbundenheit der Mitglieder in dem Kooperationsverhältnis ist vielmehr gekennzeichnet und überlagert von der Position

des Mitgliedes als Unternehmen, als Betrieb einer bestimmten Größenordnung, einer spziellen Branche usw.. Dies wird insbesondere verdeutlicht, wenn man vom Anlaß der Begründung und der bereits genannten tatsächlichen Ausgestaltung der Mitgliedschaft in einem Kooperationsverhältnis ausgeht. Abgesehen von der wünschenswerten Voraussetzung des partnerschaftlichen Geistes, des gegenseitigen Vertrauens usw. hängt der Entschluß und die Bereitschaft der Partner zur Mitgliedschaft von bestimmten Voraussetzungen ab, die in den Unternehmen als solche liegen. Abgestellt wird nicht auf die Inhaberschaft, vielmehr auf die Position des Inhabers als Unternehmer oder auf die Art seines Unternehmens. Der Inhaber kann zar aufgrund seiner Initiative Anlaß zur Begründung des Verhältnisses sein. Zur Verwirklichung des Kooperationszwecks wird aber auch, teilweise nur, auf betriebliche Faktoren abgestellt. Das Mitgliedschaftsverhältnis in einer Kooperation beinhaltet daher auch eine objektive von der Person der Inhaber der beteiligten Unternehmen unabhängige Beziehung zwischen den Mitgliedsunternehmen und dem Kooperationsunternehmen einerseits und den beteiligten Unternehmen untereinander andererseits. Es entstehen bestimmte auf den Zweck der Kooperation bezogene Verpflichtungen der Mitglieder, die sich auf ihre Inhaberschaft eines bestimmten Betriebes beziehen (Abnahme und Verarbeitung der im gemeinsamen Unternehmen hergestellten Teile), so daß sich eine objektive, von der Person der Inhaber unabhängige Verbindung zwischen Mitgliedsunternehmen und dem Kooperationsunternehmen bildet. Daraus ergibt sich der besondere Charakter des Mitgliedschaftsverhältnisses. Die Mitgliedschaft in einem Kooperationsunternehmen kann man somit vom Anlaß, der Zielsetzung und der tatsächlichen

Ausgestaltung her als unternehmensbezogen bezeichnen[1].

1. Die Erhaltung der Selbständigkeit und die Förderung der Beteiligten.

Die Integration der Unternehmen begründet eine weitgehende Bindung an das Kooperationsunternehmen, die umso stärker ist, je umfangreicher Funktionen ausgegliedert werden. Diese Bindung kann die Gefahr des Verlustes der wirtschaftlichen Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen hervorrufen. Dies hängt vor allem vom Umfang und der Bedeutung der betrieblichen Funktionen ab, die die Partnerunternehmen ausgliedern und einer zentralen Unternehmensleitung unterstellen.
Die wirtschaftliche Selbständigkeit ist dann gefährdet, wenn die Ausgliederung von Funktionen in einem Maße geschieht, daß der Bestand der Partnerunternehmen und der unternehmerischen Entscheidungsbefugnis wirtschaftlich von der Entscheidung des gemeinsamen Unternehmens abhängig ist. Die Auswirkungen der Ausgliederung können dann zur Beherrschung der Partnerunternehmen durch das gemein-

---

1) Zur Verdeutlichung sei auf den betriebsbezogenen Charakter des Mitgliedschaftsverhältnisses in einer Genossenschaft hingewiesen. Der Eintrittswillige wird in den meisten Fällen die Mitgliedschaft zu erreichen suchen, weil er seinen Betrieb gefördert wissen will. Die Förderung kann auch nur erfolgen, wenn das Mitglied in einer bestimmten Position steht, z.B. einen Einzelhandelsbetrieb führt. Ähnlich liegt die Situation in einem Kooperationsunternehmen, da auch hier das Ziel in der Erhaltung der Mitgliedsunternehmen liegt, sich die Mitgliedschaft somit inhaltlich auf die Position des Mitglieds als Inhaber eines Unternehmens stützt; Westermann, Betriebsbezogene Mitgliedschaft bei Genossenschaften, S. 283 ff..

same Unternehmen führen[1]. Dies wäre gleichzeitig das Ende der Kooperation und der Zustand der Konzentration in der Form eines Konzerns. Mit dem Verlust der wirtschaftlichen Selbständigkeit entsteht sodann die Gefahr, auch die rechtliche zu verlieren durch die Bildung einer Fusion. Als Gegenbegriff zur Konzentration verstanden besteht der Sinn der Kooperation jedoch darin, Konzentrationstendenzen entgegenzuwirken[2].

Die Frage, in welchem Umfang Funktionen ausgegliedert werden sollen, ob und wieweit sich die Partnerunternehmen der unternehmerischen Entscheidung des Kooperationsunternehmens unterstellen, ist organisatorischer und ökonomischer Natur, deren Beantwortung insbesondere die Entscheidung darüber darstellt, ob überhaupt ein Kooperationsverhältnis oder ein Konzern gewollt ist. Die Klärung dieser Entscheidung i.S. der unternehmerischen Selbständigkeit der Beteiligten ist somit Voraussetzung für die nachgelagerte Frage der geeigneten Rechtsform für das gewünschte Kooperationsverhältnis.

Dennoch besteht die Gefahr, daß die Unabhängigkeit und der Bestand der Mitgliedsunternehmen sowie die tatsächliche unternehmerische Handlungsfreiheit

---

1) Sofern Kooperation nur als vorübergehende Durchgangsphase im Rahmen einer allmählichen Konzentration angestrebt wird, der allmähliche Abbau der selbständigen unternehmerischen Entscheidung und der Aufbau einer beherrschenden zentralen Leitung gewollt ist, stellt sich das Problem der Erhaltung der beteiligten Gesellschafter als selbständige Unternehmenseinheit nicht. Kooperation als Mittel und Weg zur Konzentration steht hier jedoch nicht im Vordergrund.

2) Westermann, Blätter für Genossenschaftswesen, 1966, S. 21.

in Bezug auf Planung, Kalkulation, Investition, Kapitaleinsatz usw. des "eigenen" Unternehmens durch die Verknüpfung mit dem gemeinsamen Unternehmen in Folge erheblicher finanzieller Belastungen durch die Beteiligungen, der Übernahme der Haftung, der Bindung des Kapitals, der eventuellen Mehrbelastung durch Steuer usw. soweit eingeschränkt wird, daß de facto die wirtschaftliche Selbständigkeit der Beteiligten gefährdet ist.

Den Beteiligten kommt es somit zunächst darauf an, trotz rechtlicher, organisatorischer und wirtschaftlicher Verknüpfung mit dem Kooperationsunternehmen im übrigen die wirtschaftliche und rechtliche Selbständigkeit nicht zu verlieren, vielmehr die wirtschaftliche Stellung "ihrer" Unternehmen zu stärken. Von der vertraglichen Absicherung dieser auf die Mitgliedsunternehmen bezogenen Interessen kann die Zustimmung der Beteiligten abhängen. Aus dieser Zielsetzung heraus sind daher die Interessen der Kooperationspartner zunächst darauf gerichtet, die sich aus der funktionalen Verflechtung ergebenden Beziehungen und die Zusammenarbeit rechtlich so zu gestalten, daß unter weitgehender Berücksichtigung der individuellen Belange der Beteiligten das wirtschaftliche Risiko der Integrationsmaßnahme, die mitunter kaum rückgängig gemacht werden kann, in vertretbaren Grenzen gehalten und eine optimale Förderung der Mitgliedsunternehmen gewährleistet wird.

2. Sicherung der Integration der Mitgliedsunternehmen

Eine fruchtbare Zusammenarbeit und eine dauerhafte Förderung sind allerdings nur möglich, wenn das

gemeinsame Unternehmen in seinem Bestand als wirtschaftliche und rechtliche Einheit geschützt ist. Es besteht daher ein Interesse daran, die Gemeinschaft gegen Ereignisse, die in der Person des Mitglieds begründet sind, weitgehend abzuschirmen, um nicht den Bestand der Gemeinschaft zu gefährden. Es kommen alle Gefahren in Betracht, die typisch sind für Unternehmen in der Form einer Handelsgesellschaft, z.B. Konkurs eines Gesellschafters, Nachfolgeregelung, Beendigung usw.. Damit wird das generelle Problem des Unternehmensschutzes angesprochen, was aber nicht in vollem Umfang zum Thema gehört. Es sollen daher ausgehend vom Zweck des Unternehmens nur die Gefahren behandelt werden. die gerade den Bestand des Kooperationsverhältnisses beeinflussen. Da es aber hierbei auf den Einzelfall ankommt, können nur einige typische Ereignisse angesprochen werden, die in besonderem Maße die funktionale Verflechtung beeinträchtigen können und bewältigt werden müssen.
Das Problem besteht darin, die sich aus der Integration der Unternehmen ergebenden tatsächlichen Beziehungen, d.h. die tatsächliche Unternehmensbezogenheit des Mitgliedschaftsverhältnisses, rechtlich zu verstärken, um eine dauerhafte Kooperation zu gewährleisten. Zur Sicherung der Integration kommt es daher vor allem auf die Anknüpfung der Mitgliedschaft an die Inhaberschaft eines Unternehmens als Wirtschaftsobjekt bestimmter Qualifikation mit der Folge an, daß die Mitgliedschaft auf Dauer mit dem bestimmten Wirtschaftsobjekt verbunden ist. Diese Frage ist insbesondere bedeutsam, bei der Regelung des Wechsels der Mitglieder, der Neuaufnahme und des Ausscheidens, der Veräußerung von Unternehmensteilen, betrieblichen Anlagen usw., die zur Erfüllung der mit-

gliedschaftlichen Verpflichtung erforderlich sind. Die Sicherung der Integration gewinnt weitere Bedeutung, wenn gesellschaftsrechtliche und wirtschaftliche Ereignisse in den beteiligten Unternehmen über die funktionale Verflechtung auf das gemeinsame Unternehmen ausstrahlen und nicht nur auf dieses, sondern auch rückwirkend auf alle Mitglieder schädigend einwirken können. Unter diesem Gesichtspunkt sind die Möglichkeiten der Einflußnahme des Kooperationsunternehmens auf den Mitgliederbestand in den beteiligten Unternehmen bedeutsam.
Im folgenden sind nunmehr die sich aus dieser grob bezeichneten Interessenlage ergebenden wesentlichen Gesichtspunkte, die gesellschaftsrechtlich von Bedeutung sind, im einzelnen darzustellen, soweit sie abstrakt ermittelt werden können, und auf die Rechtsform der GmbH & Co KG zu projizieren.

III. Struktur der GmbH & Co KG

1. Typisierung

Die GmbH & Co KG ist kein gesetzlich geregelter Gesellschaftstyp, sondern stellt eine Mischform dar, die in den unterschiedlichsten Gestaltungsformen vorkommt. Theoretisch kann man unter der GmbH & Co eine Personenhandelsgesellschaft, also eine OHG oder eine KG verstehen, an der eine GmbH als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt ist, in der Praxis hat sich aber eingebürgert, die Bezeichnung GmbH & Co gleichbedeutend mit der Bezeichnung GmbH & Co KG zu verwenden[1]. In den

---

1) Klauss-Mittelbach, S. 21.

meisten Fällen ist die GmbH der einzig persönlich haftende Gesellschafter der KG. Nur in seltenen Fällen, zumeist als Übergangsstadium, ist neben der sog. Komplementär-GmbH noch eine andere juristische oder natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter. Man kann daher die GmbH & Co als Kommanditgesellschaft bezeichnen, deren einzig persönlich haftender Gesellschafter eine GmbH ist. Die Kommanditisten sind im Regelfall natürliche Personen, gerade aber bei Kooperationsverhältnissen juristische Personen oder Personenhandelsgesellschaften.[1] Die Beteiligung von Kapitalgesellschaften, insbesondere der GmbH als Komplementärin an der KG ändert ihren Typ als Personengesellschaft nicht. Die KG unterliegt daher dem Recht der Personenhandelsgesellschaft. Formell bleibt die GmbH auch Kapitalgesellschaft, materiell wird sie allerdings i.d.R. nach personengesellschaftlichen Grundsätzen in Anpassung an die KG organisiert. I.d.R. dient die GmbH als Führungsinstitution und einzig voll haftende Gesellschafterin ohne erhebliche Vermögenswerte, während die KG Trägerin des Kapitals ist. Rechtstechnisch kommt es bei der Vertragsgestaltung oft darauf an, die wirtschaftliche Einheit durch Verzahnung der GmbH- und KG-Beteiligungen, durch Kopplung der Mitgliedschaft und durch Anpassung der unterschiedlichen Institutionen, die sich aus der Verschiedenheit der KG als Personengesellschaft und der GmbH als Kapitalgesellschaft ergeben, rechtlich abzusichern[2].

---

1) Böttcher-Beinert, S. 21; Sudhoff, S. 5; Hesselmann, S. 2.

2) Vgl. Sudhoff, S. 25o ff. mit zahlreichen Vertragsmustern.

2. Gestaltungsformen

Die wirtschaftliche Bedeutung der GmbH & Co zeigt sich darin, daß die Anzahl der bereits bestehenden GmbH & Co KG auf ein Drittel aller bestehenden Handelsgesellschaften geschätzt wird[1]. Die GmbH & Co hat praktisch in allen Wirtschaftsbereichen Eingang gefunden. Sie erscheint in verschiedenen Gestaltungsformen. Eine verbindliche Unterteilung dieser Formen, wie sie gelegentlich versucht ist, ist jedoch nicht ersichtlich und auch nicht notwendig, da eine begriffliche Klassifizierung keine Rechtsfolgen hervorruft. Sie hat lediglich insofern Bedeutung, als sie die innere Struktur kennzeichnet.
Vielfach sind die Gesellschafter der KG gleichzeitig auch Gesellschafter der GmbH. Wenn die Beteiligungen dieser Gesellschafter an der GmbH und an der KG zueinander in gleichem Verhältnis stehen, spricht man von personengleicher GmbH & Co oder von einer GmbH & Co mit Gesellschafteridentität[2]. Die Teilhaberschaft an der GmbH und an der KG kann jedoch unterschiedlich sein. Es können an der GmbH Gesellschafter beteiligt sein, die nicht Kommanditisten sind und umgekehrt.

Ist die Teilhaberschaft an den beiden Gesellschaften unterschiedlich, spricht man üblicherweise von nichtpersonengleicher oder nicht gesellschafteridentischer GmbH & Co[3].

---

1) Veismann, GmbH-Rundschau 69, 69 ff.; Hesselmann, S. 2.

2) Böttcher-Beinert, S. 21; Hesselmann, S. 2.

3) Brönner-Bünz, S. 23; Wiethölter, S. 17.

Problematisch ist die sog. Einheits-GmbH & Co KG. Dabei handelt es sich um eine Gestaltungsform, in der die KG alle Anteile der GmbH hält, um auf diese Art und Weise die Beteiligungsidentität zu sichern. Die Gesellschafter sind nur mehr Kommanditisten, die durch ihre Beteiligung an der KG mittelbar an der GmbH beteiligt sind[1].

Ist der Inhaber aller Gesellschaftsanteile der Komplementär GmbH alleiniger Kommanditist, liegt eine Einmann-GmbH & Co vor[2]. Das ist insofern unrichtig, als die Kommanditgesellschaft aus zwei Personen besteht, aus einer juristischen (GmbH) und einer natürlichen Person. Die Gesellschaft wird aber von einer natürlichen Person getragen. Wirtschaftlich gesehen liegt eine Einzelfirma mit beschränkter Haftung vor[3].

Schließlich ist noch auf eine weitere Gestaltungsvariante hinzuweisen, auf die sog. dreistufige oder doppelstöckige GmbH & Co[4]. In einer solchen Konstellation wird die übliche GmbH als Komplementärin ersetzt durch eine weitere GmbH & Co (kleine GmbH & Co). In diesem Fall können die hinter einer

---

1) Zur Problematik der sog. Einheits-GmbH & Co, vgl. Eltermann, GmbH-Rundschau 73, 2o8 ff.; Wiethölter S. 21; Hesselmann, S. 12; Böttcher-Beinert, S. 34; Sudhoff, NJW 67, 2184.

2) Hesselmann, S. 12, 1o9; Henze, S. 28.

3) Böttcher-Beinert, S. 34.

4) Brönner-Bünz, S. 44; Böttcher-Beinert, S. 3o ff.; Hesselmann, S. 12.

solchen dreistufigen GmbH & Co stehenden Personen zunächst Gesellschafter der GmbH sein, die den Komplementär der "kleinen GmbH & Co" stellt, die ihrerseits jedoch Komplementär der "großen GmbH & Co" ist. Sie sind außerdem Kommanditisten der kleinen GmbH & Co, schließlich Kommanditisten der großen GmbH & Co.

3. Zulässigkeit der Formen

Die Zulässigkeit der GmbH & Co war früher problematisch. Wenn auch heute noch die GmbH & Co hin und wieder in der Literatur abweichend als "Bastard" und groteske Verrenkung usw. bezeichnet wird[1] und sogar Alternativmodelle[2] entwickelt werden, so kann dennoch angesichts der Rechtswirklichkeit die Frage der Zulässigkeit als ausgestanden angesehen werden[3]. Dies bezieht sich grundsätzlich auch auf die besondere Gestaltung der Einmann-GmbH & Co[4]. Etwas anderes gilt nur, wenn die Gründung in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung erfolgte und die Verwendung dieser Rechtsform einen Rechtsmißbrauch darstellt[5]. Gegen die dreistufige GmbH & Co werden im Schrifttum Bedenken unter dem Gesichtspunkt erhoben, daß

---

1) Barz, NJW 72, 465.

2) "Arbeitskreis GmbH-Reform"; "Die Handelsgesellschaft auf Einlagen - eine Alternative zur GmbH & Co KG? S. 36 ff.

3) Schilling, HGB § 161, Anm. 2o ff.

4) Brönner-Bünz, S. 44; Hesselmann, S. 1o9, S. 12.

5) Brönner-Bünz, S. 14 Nr. 27a.

diese Gesellschaftsform das Interesse der Öffentlichkeit an der leichten Durchschaubarkeit einer Unternehmensorganisation verletze[1]. Diese Bedenken werden jedoch von der Rechtsprechung nicht geteilt. Diese hält es mit Recht für zumutbar, daß der Interessierte sich durch dreifache Einsicht ins Handelsregister einen Überblick über die Verhältnisse verschaffen kann[2]. Umstritten ist allerdings die Zulässigkeit der Einheits-GmbH & Co im Hinblick auf die Haftung des Stammkapitals- und Gläubigerschutzes[3].

4. Folgerungen im Hinblick auf die Verwendbarkeit zur Kooperation

a) Die GmbH & Co als Personenhandelsgesellschaft

Die GmbH & Co ist vom Typ her eine Personenhandelsgesellschaft. Daraus ergibt sich hinsichtlich ihrer Verwendbarkeit insoweit eine Beschränkung, als sie nur Rechtsform für solche Kooperationsunternehmen sein kann, deren Aufgabe in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht (§ 1o5 HGB).
Unter dem Aspekt der Art der übertragenen Funktionen kann sie daher nur solche Aufgaben übernehmen, die ein Handelsgewerbe i.S. der §§ 1-3 HGB

---

1) Pfander, BB 69, 823; Baumbach-Duden Anm. 1 c zu § 1o5 HGB.

2) OLG Hamburg in: Die Aktiengesellschaft 1969, 259 ff., so auch Böttcher-Beinert, S. 31; Mertens-Neupel, GmbH-Rundschau 7o, 111.

3) Dafür: Ippen, 89 ff.; Wiethölter S. 21; Mertens NJW 66, 1649 ff.; Hesselmann, S. 12; Sudhoff, S. 68; K.Schmidt DB 73, 223o; dagegen: Eltermann GmbH-Rundschau 73, 2o8; Wiedemann, S. 261, 262; Gonella, Betrieb 65, 1165; Huber, S. 137.

darstellen, gleichgültig, ob es sich unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise um ein Gemeinschaftsunternehmen oder um eine Funktionsgemeinschaft handelt.
Aus dem begrifflich notwendigen gemeinsamen Zweck des "Handelsgewerbes" folgt weiterhin, daß es sich bei den übernommenen Funktionen um Tätigkeiten handeln muß, die auf Dauer geplant sind und mit deren Hilfe Gewinn erzielt werden soll. Die Gewinnerzielung ist unmittelbarer Zweck der Tätigkeit einer Personenhandelsgesellschaft[1].
Zwar brauchen Kooperationsgemeinschaften nicht notwendigerweise Gewinnerzielung bezwecken. Die mit der Kooperation bezweckte Förderung kann auf verschiedene Arten geschehen. Die Zielsetzung eines Kooperationsunternehmens liegt somit nicht allein in dem für Unternehmen typischen Streben nach Gewinn als Selbstzweck. Vielmehr dient das gemeinsame Unternehmen lediglich als Mittel zu dem genannten Zweck der Förderung und der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit der Partnerunternehmen. Das Betreiben eines Handelsgewerbes und die Gewinnerzielung sind eine unter vielen Möglichkeiten, den beteiligten Unternehmen Vorteile zu verschaffen. Der nach dem Handelsrecht erforderliche unmittelbare Zweck der Gewinnerzielung besagt somit nicht, daß die GmbH & Co, wie auch die OHG oder die KG, im Hinblick auf den mit der Kooperation verfolgten Zweck der Förderung der Partner als geeignete Kooperationsform ausscheidet.
Einmal ist zu bedenken, daß gerade die Erzielung

---

1) Westermann, Handbuch, Rdn. 51.

von Gewinn sich als geeignetes Mittel zwecks Förderung der Beteiligten darstellen kann. Weiterhin besagt der Begriff des Handelsgewerbes sowie die daraus resultierende Gewinnerzielungsabsicht nichts über den Zweck und die Verwendung des erzielten Gewinns, ob und wie dieser den beteiligten Gesellschafterunternehmen zugewendet werden soll. Schließlich zeigt gerade die Wirtschaftspraxis, daß insbesondere mittelständische Unternehmen sich dazu entschließen, gemeinsam ein Handelsunternehmen zu betreiben, weil sie sich davon wirtschaftliche Vorteile versprechen.

Soweit aber die Kooperationspartner ein Kooperationsverhältnis begründen wollen, deren alleiniger Zweck in der Förderung der Partnerunternehmen liegt, kommt die Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft nicht in Betracht. Es handelt sich dabei i.d.R. um Unternehmen, denen von der Art der Tätigkeit und ihrer betrieblichen Ausstattung und Organisation her keine selbständige gewerbliche Tätigkeit zugedacht ist, weil sie vielmehr gleichsam als Hilfsorgan zu Gunsten der Beteiligten eingesetzt werden. Dazu können z.B. Forschungs- Entwicklungs- Verwaltungs- und Planungsgesellschaften gehören[1]. Als Rechtsform kommt i.d.R. die BGB-Gesellschaft und die GmbH, die gesetzlich nicht zweckgebunden ist, in Betracht. Im Hinblick auf den Förderungszweck eignet sich insbesondere die Genossenschaft, deren Aufgabe gem. § 3 GenG zwingend in der Förderung der Mitglieder liegt.

Es ist somit festzuhalten, daß im Hinblick auf die Art der zu übertragenden Funktionen des

---

1) Kleim, S. 22.

Kooperationsunternehmens die GmbH & Co nur für solche Aufgaben in Betracht kommt, die ein Handelsgewerbe i.S. der §§ 1-3 HGB darstellen.

b) Die Gestaltungsformen der GmbH & Co im Hinblick auf die Kooperation

Von den genannten Gestaltungsvarianten, die die Rechtsform der GmbH & Co bietet, haben die sog. doppelstöckige GmbH & Co und auch die Einmann-GmbH & Co im Verhältnis zu den anderen Gesellschaftsformen kaum wirtschaftliche Bedeutung. Sie stellen Sonderformen dar, die in Einzelfällen Vorteile bieten können. Die Einmann-GmbH & Co kommt für die Beurteilung als Rechtsform für gemeinsame Unternehmen zum Zweck der Kooperation praktisch gar nicht in Betracht, weil wirtschaftlich gesehen nur eine Person diese Handelsgesellschaft darstellt.

Die doppelstöckige GmbH & Co kann aufgrund ihrer besonderen Konstruktion im Einzelfall steuerliche Vorteile bieten. Sie hat daher Eingang bei den sog. Abschreibungsgesellschaften gefunden[1].

Die weitaus größte wirtschaftliche Bedeutung kommt der GmbH & Co in der normalen Gestaltungsform als gesellschafteridentische oder nicht-

---

1) Böger-Raupach, S. 47, 49; wegen § 5 Abs. 2 Nr. 3 S. 2 KVStG n.F. ist die dreistufige GmbH & Co KG nicht mehr interessant, da dort ausdrücklich ihre Gesellschaftssteuerpflicht, zu deren Vermeidung sie empfohlen wird, angeordnet wird; vgl. Barz NJW 72, 467, Fußn. 21.

gesellschafteridentische GmbH & Co zu[1]. Diese Gestaltungsform liegt auch der vorliegenden Untersuchung zugrunde.

C. Die Erhaltung und Förderung der wirtschaftlichen Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen

Die Eignung der GmbH & Co zur Kooperation hängt davon ab, in welchem Maße sie die Interessen der Kooperationspartner verwirklicht. Zweck der Zusammenarbeit ist die Erlangung wirtschaftlicher Vorteile, d.h. die wirtschaftliche Stärkung der Mitgliedsunternehmen. Die Gründung eines Kooperationsunternehmens dient insofern lediglich als Mittel der Förderung der beteiligten Unternehmen, denn die Sicherung ihrer Marktstellung und ihrer Selbständigkeit soll erhalten werden.

I. Die Flexibilität der Rechtsform zwecks weitgehender Berücksichtigung von Individualinteressen

Die Förderung der Beteiligten und die Möglichkeiten, über die Zusammenarbeit mit dem Koopera-

---

1) Vgl. Hesselmann, 54 f.; die wirtschaftlichen Vorteile der Kooperation können je nach Zielsetzung durch Verwendung fast aller Rechtsformen erreicht werden, vgl. Kleim, S. 27. Dies zeigen auch die Wirtschaftspraxis und die zahlreichen Beispiele in der Kooperationsfibel, die beinahe alle Rechtsformen für die Bildung von Kooperationsverhältnissen aufweist. Speziell die GmbH & Co KG wird in der Kooperationsfibel ausdrücklich als geeignete Rechtsform für Gemeinschaftsunternehmen erwähnt, Benisch, S.278. Zwar werden für Gemeinschaftsunternehmen alle handelsrechtlichen Gesellschaftsformen verwendet, besonders häufig findet sich die GmbH & Co aber auf dem Sektor des Verkaufs und des Einkaufs, z.B. bei Handelsketten, Wiethölter, S. 3o, in der Textilindustrie und auf dem Bausektor, vgl. Kleim, S. 16.

tionsunternehmen wirtschaftliche Vorteile zu erlangen, sind in den einzelnen Fällen unterschiedlich zu beurteilen. Dies richtet sich nach den Belangen und Bedürfnissen, die in der Eigenart der beteiligten Unternehmen begründet und für ihren Bestand als selbständige wirtschaftliche Einheiten unerläßlich sind. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die individuellen Förderungsinteressen von der Struktur und Konstellation der beteiligten Unternehmen abhängen und erheblich divergieren können.

Inwieweit die Rechtsform den Kooperationszweck zuläßt, hängt von den Möglichkeiten ab, die der Gesellschaftsvertrag den Beteiligten bietet. Vorteilhaft ist eine Rechtsform, die weitgehende individuelle Gestaltungsfreiheit und Flexibilität gewährleistet. Je weiter der gesetzliche Rahmen Vertragsfreiheit zuläßt, umso stärker können Einzelinteressen berücksichtigt werden, umso weniger ist eine Beschneidung der unternehmerischen Dispositionsfreiheit der Mitglieder erforderlich.

Insoweit erweist sich eine flexible und wandlungsfähige Vertragsform als zweckmäßig, um eine allmähliche der Marktsituation angepaßte Einbeziehung von Teilfunktionen der Partnerunternehmen sowie die Übertragung neuer Aufgaben zu gestatten, die sich aus der Entwicklung der Kooperationsgruppe als zweckdienlich erweist. Eine elastische Rechtsform des gemeinsamen Unternehmens erlaubt Assoziierungen horizontal mit weiteren Branchenfirmen, vertikal mit Lieferanten, Kunden usw.. Schließlich kann es den Kooperationszweck fördern, wenn das Kooperationsunternehmen seinerseits mit anderen Kooperationsunternehmen z.B. auf der vor- oder nachgelagerten oder auch übergeordneten

Ebene kooperiert und somit einen Kooperationsverbund auf übergeordneter Ebene schafft. Eine flexible Vertragsform läßt somit eine Anpassung zu, eine möglicherweise kostenspielige Änderung der Unternehmensform wird vermieden.

1. Die Elastizität der GmbH & Co

Weitgehende Gestaltungsfreiheit weist die Rechtsform der GmbH & Co auf. Sie beruht in erster Linie darauf, daß es für diese von der Praxis geschaffene Gesellschaftsrechtsform keine speziellen Rechtsvorschriften gibt. Bei der Vertragsgestaltung sind lediglich die zwingenden Normen und Grundsätze der KG und die der GmbH zu beachten. Beide Rechtstypen erweisen sich jedoch als flexibel.

a) Flexibilität der KG

Insbesondere das Recht der KG ist gekennzeichnet von der Vertragsautonomie. Es ergibt sich aus dem Wesen der Personenhandelsgesellschaft als vertraglich begründeter Personenzusammenschluß, daß der Gesellschaftsvertrag vom Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht wird. Das gilt nicht nur für die Frage des "ob", sondern insbesondere für die inhaltliche Gestaltung, soweit die vom Gesetz gezogenen Grenzen eingehalten werden[1].

Zwingend sind i.d.R. Formvorschriften sowie solche Bestimmungen, die die Rechtsnatur der Gesellschaft zum Gegenstand haben und das Außenverhältnis betreffen (§ 128, 126 HGB). So ist z.B. die volle

---

1) Westermann, Handbuch, Rdn. 8.

Haftbarkeit des Komplementärs sowie die Haftungsbeschränkung der Kommanditisten in Höhe der Einlage nicht abdingbar, ebenso ist unabänderlich die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis der vertretungsberechtigten Gesellschafter der KG. Auch von der Rechtsprechung sind Grenzen der Vertragsfreiheit entwickelt worden. Z.B. ist der vertragliche Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretung und die Bestellung eines Nichtgesellschafters als Drittorgan, abgesehen von einigen Ausnahmen[1], mit der persönlichen Struktur der Personengesellschaft nach h.M. nicht vereinbar[2]. Der Vertragsfreiheit unterliegen die meisten Vorschriften, die sich auf das Innenverhältnis beziehen. Die weitgehend nachgiebigen Vorschriften lassen eine vom Normaltyp abweichende Organisation der Gesellschaft zu. Anlaß ist dort gegeben, wo die gesetzlichen Vorschriften zur Verwirklichung der Gesellschafterinteressen im Wege stehen. Insbesondere gilt dies für die sog. körperschaftlich ausgerichtete KG, die z.B. bei sehr großer Mitgliederzahl der Form der AG oder der GmbH angeglichen werden kann, indem typische Institutionen der Körperschaft in die Organisation der KG eingebaut werden. Dies gilt insbesondere für die Frage der freien Übertragbarkeit der Anteile, die Bildung von Beiträgen, der Willensbildung durch Mehrheitsbeschlüsse, der Bildung von Aufsichtsräten usw..

Die durch die Vertragsautonomie bedingte Flexibilität der Personenhandelsgesellschaft läßt schließlich auch die Einschaltung einer juristischen Person als Kommanditist oder Komplementär zu und bedingt so letzten Endes auch die Zulässigkeit der GmbH & Co KG.

---

1) BGH 33, 105.

2) Westermann, Handbuch, Rdn. 149.

b) Flexibilität der GmbH

Auch die GmbH erweist sich als flexibel und wandelbar in ihrer Struktur. Die GmbH stellt nach ihrem gesetzlichen Normalstatut vornehmlich eine Vereinigung der Kapitalkräfte der Gesellschafter dar, sie ist vom Typ her eine Kapitalgesellschaft. Zwingend sind bei der GmbH die Vorschriften, die das Verhältnis zu Dritten und die Rechtsnatur der GmbH als Kapitalgesellschaft beinhalten, so z.B. die meisten Gründungsvorschriften bezüglich der Mindesthöhe des Stammkapitals, der Stückelung der Stammeinlagen, der Haftung der Anmelder und der Firma, die Vorschriften über die Aufbringung, Belebung und Erhaltung des Stammkapitals und den Ausschluß säumiger Gesellschafter, der Haftung der Gesellschafter für die Stammeinlagen, sowie die Formvorschriften für die Gesellschaftergründung und die spätere Kapitalveränderung.
Unabdingbar sind bei beiden Gesellschaftstypen, die in der GmbH & Co verschmolzen sind, die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer der GmbH, sowie der geschäftsführenden Gesellschafter der KG, außerdem die Vorschriften über Anmeldung und Eintragung im Handelsregister. Den Gesellschaftern der GmbH ist jedoch die weitgehende Befugnis eingeräumt, diese Grundform umzugestalten. So unterliegen die meisten Vorschriften, welche sich auf das Innenverhältnis der Gesellschaft beziehen, der Parteidisposition. Die Mehrzahl der nachgiebigen Bestimmungen ermöglicht eine personengesellschaftliche Gestaltung der GmbH. So kann gem. § 3 Abs. 2 GmbH-Gesetz in der Satzung bestimmt werden, den Gesellschaftern andere Verpflichtungen als ihre Kapitaleinlage aufzuerlgen, z.B. gesellschaftsrechtliche Treuepflichten usw. begründen. Weiterhin können die Gesellschafter das persönliche Verhältnis

in der Gesellschaft festigen, die Gesellschaft z.B. unkündbar machen oder die Verfügungsbefugnis über Geschäftsanteile erschweren, § 15 Abs. 5 GmbH-Gesetz. So unterliegen z.B. ebenso wie bei der KG das Kontroll- und Informationswesen, die Bestimmungen der Gewinnverteilung, alle Fragen der Abtretung und der Beteiligung und der Aufnahme neuer Gesellschafter und auch das Stimmrecht (§ 47 II, § 45 I GmbH-Gesetz) der Vertragsfreiheit. Auch der Umfang der Geschäftsführung kann von der Mitwirkung der übrigen Gesellschafter abhängig gemacht werden (§ 37 Abs. 1 GmbH-Gesetz).
Diese knappe Aufzählung zeigt, daß die Rechtsform der GmbH weitgehend der Personenhandelsgesellschaft angeglichen werden kann und durch die nachgiebigen Vorschriften des GmbH-Gesetzes auch der GmbH erhebliche Flexibilität verliehen wird.

c) Autonomie der Vertragsgestaltung

Die Elastizität und Anpassungsfähigkeit der GmbH & Co liegt somit darin begründet, daß es mangels gesetzlicher Grundlage an speziellen zwingenden Normen fehlt, sie vielmehr eine Verschmelzung zweier Gesellschaftstypen darstellt, die ihrerseits weitgehend entsprechend individueller Vorstellungen flexibel und wandelbar sind. Darüber hinaus ist die Kopplung der Rechtsinstitute der beiden Typen zur GmbH & Co KG - man kann sie wohl mit Wiethölter[1] angesichts der Rechtswirklichkeit als neue Gesellschaftsform bezeichnen - ganz in die Autonomie der Gesellschafter gestellt. Es kommt somit der Funktion des Gesellschaftsvertrages eine überragende Bedeutung zu, da es ausschließlich vom Willen der Gründer abhängt, wie die Gesellschaft ausgerichtet

---

1) Wiethölter, S. 17, 21.

werden soll, ob der personalistischen oder den körperschaftlichen Elementen der Vorzug zu geben ist. Die Möglichkeit, die Rechtsform der GmbH & Co unterschiedlich zu formen, sie mit körperschaftlichen und personalistischen Institutionen zu durchsetzen, stellt sich daher, soweit eine individuelle Vertragsgestaltung erstrebt wird, grundsätzlich als Vorteil für die Kooperationsinteressen dar. Die in der rechtlichen Struktur der GmbH & Co begründete Gestaltungsfreiheit erlaubt es, die Vorteile, die die Rechtstypen "GmbH" und "KG" bieten, zu einer neuen Gesellschaft zu verbinden. Sie wird daher um dieser Geschmeidigkeit willen als "freiheitlichste Gesellschaftsform mit dem größten Spielraum, als modernste Form für den Betrieb eines Handelsgewerbes, soweit nicht spezifische Gründe oder Gesetze zur AG oder GmbH zwingen", angesehen[1].
Die innere Geschmeidigkeit der GmbH & Co und die daraus resultierende Anpassungsfähigkeit kommt somit insbesondere Kooperationsbestrebungen entgegen, weil sie den beteiligten Unternehmen durch die freie Vertragsgestaltung weitgehend die Möglichkeit gibt, sich ihren Wünschen und divergierenden Interessen anzupassen.

d) Nachteile

Die weitgehende Flexibilität der GmbH & Co wird nur durch verhältnismäßig geringfügige Nachteile erkauft. Die GmbH & Co stellt eine komplizierte Rechtsform dar, weil sie zwei Gesellschaftstypen zu einer wirtschaftlich einheitlichen Gesellschaft

---

1) Wiethölter, 17, 21.

verschmilzt. Erforderlich ist daher die Gründung einer GmbH und einer KG, was unter Umständen größere Kosten verursachen kann. Die beiden Gesellschaften bleiben rechtlich selbständig. Eine zweifache Buchhaltung ist daher unerläßlich und führt zu einem größeren Verwaltungsaufwand, was ebenfalls wieder Kosten verursachen kann. Um sich zu einem einheitlichen Kooperationsunternehmen zu formen, können Schwierigkeiten in der Verwaltungshandhabung und in der rechtlichen Durchführung auftauchen, was aber, wie die steigende Tendenz in der Praxis zeigt, gleichfalls unerheblich sein dürfte.
Die überragende Funktion des zugrundeliegenden Vertragswerkes kann sich insbesondere in vielen Fällen nachteilig auswirken, wenn dieses Vertragswerk lückenhaft ist. Die Vertragsgestaltung ist daher insoweit kompliziert, als ein KG- und ein GmbH-Vertrag zu entwerfen sind, die,um ein wirtschaftlich einheitliches Unternehmen zu sichern, eine besondere Anpassung in fast allen Vertragspunkten erfordern und für diese Kopplung aber keine gesetzlichen zwingenden Normen vorhanden sind. Allzu gewichtig dürfte dieses Argument aber nicht sein, da die Bildung eines Kooperationsverhältnisses, an dem zwei oder mehrere Unternehmen beteiligt sind, angesichts der Zielsetzung der Kooperation auf der einen Seite und der berechtigten wirtschaftlichen Vorstellungen der Mitgliedsunternehmen andererseits ohnehin eine diffiziele Vertragsgestaltung verlangt.

2. Haftungsbeschränkung als Mittel zur Sicherung der wirtschaftlichen Selbständigkeit

Wenn auch die Interessen der Beteiligten im Einzelfall nach der Eigenart des Unternehmens und dem Aufgabenbereich unterschiedlich sind, so läßt sich

unter dem Gesichtspunkt des Kooperationszwecks allgemein ein Interesse der Beteiligten an der wirtschaftlichen Sicherung und Erhaltung ihrer Unternehmen als wirtschaftliche funktionstüchtige Einheit feststellen.
Da dieses Ziel durch Funktionsausgliederung und organisatorische Verflechtung mit einem gemeinsamen Unternehmen geschehen soll, stellt sich vom unternehmerischen Standpunkt aus zunächst - bevor die rechtliche Gestaltung des Kooperationsverhältnisses im einzelnen zu behandeln ist - die Frage, inwieweit die mit der Umstrukturierung der beteiligten Unternehmen und der Organisation der Unternehmensplanung verbundene finanzielle und haftungsmäßige Auswirkung auf die beteiligten Unternehmen möglichst gering bzw. kalkulierbar gestaltet werden kann; denn die wirtschaftliche Tragbarkeit der unternehmerischen Entscheidung und ihre Folgen sind wesentliche Voraussetzungen für die Kooperationsbereitschaft[1]. Es soll daher unter diesem Aspekt kurz auf die Frage der Haftung in der GmbH & Co als Vertragsform für die Kooperation eingegangen werden, da die Beschränkung der Haftung die wirtschaftliche Belastung begrenzt und das Risiko der beteiligten Unternehmen überschaubar macht und deshalb der Wahrung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit entgegenkommt.
Die Haftungsbeschränkung der GmbH & Co wird als einer ihrer wesentlichen wirtschaftlichen Vorteile, die sich aus der Einschaltung der GmbH als Komplementärin ergeben, angesehen[2]. Die Sonderstellung der GmbH & Co liegt gerade darin, daß kein Gesell-

1) Riffel, S. 2.
2) Vgl. Hesselmann, S. 59 f.

schafter, obwohl es sich um eine Personengesellschaft handelt, als natürliche Person unbeschränkt haftet. Unbeschränkt ist zwar die Haftung der persönlich haftenden Komplementär-GmbH, beschränkt ist aber die Haftung ihrer Gesellschafter. Zwar können die Gesellschafter in der GmbH im Falle der Unterkapitalisierung der GmbH einem evtl. Haftungsdurchgriff unterliegen. Die Frage des Haftungsdurchgriffs bei Unterkapitalisierung der GmbH stellt sich jedoch für jede GmbH und ist nicht innerhalb einer KG als Sonderproblem zu sehen.
Die Gesellschafter haften weder als Gesellschafter der Komplementär-GmbH noch in ihrer Eigenschaft als Kommanditisten der KG unbeschränkt. Sie können somit ohne Übernahme der unbeschränkten Haftung die Gesellschaft geschäftsführend und vertretend beherrschen[1]. Es wird daher teilweise in der Literatur die Meinung vertreten, eine Haftung der Gesellschafter als Kommanditisten, wenn diese geschäftsführend tätig seien, sei über den Rahmen des § 171 Abs. 1 HGB hinaus gerechtfertigt, weil sie eine komplementärähnliche Machtposition einnähmen[2]. Ihre Verantwortung in Form der Haftung reiche weniger weit als ihr Einfluß; es stelle einen Mißbrauch der Form der KG dar, wenn die Gesellschafter die KG als Kommanditisten und nicht in der vom Gesetz vorgeschriebenen Stellung als persönlich haftende Gesellschafter leiten[3]. Unter dem Gesichtspunkt des Formenmißbrauchs sei ein Haftungsdurchgriff auf die geschäftsführenden Kommanditisten gerechtfertigt, wenn die GmbH unterkapitalisiert

---

1) Böttcher-Beinert, S. 25.

2) Haupt, S. 44 u. 80; Gierke, S. 229.

3) Müller-Erzbach, Die Haftung, S. 737; Schumann, S. 279.

sei[1].

Die überwiegende Meinung im Schrifttum erkennt jedoch eine Haftung der "geschäftsführenden Kommanditisten" zu Recht nicht an.[2] Die Begründung wird im wesentlichen darin gesehen, daß das Gesetz einen Rechtssatz, der die Haftung von Personen begründet, sobald sie einen Einfluß ausüben können, nicht formuliere[3]. Insbesondere sei ein Rechtsmißbrauch nicht darin zu sehen, daß durch die Einschaltung der GmbH die Haftung natürlicher Personen vermieden werde, weil die Beteiligten die ihnen durch das Gesetz eingeräumten dispositiven Gestaltungsmöglichkeiten wahrnehmen. Daher sei auch im Hinblick auf den Gläubigerschutz [4] eine Unterkapitalisierung der GmbH statthaft, da kein Rechtssatz bestehe, daß nur Komplementär werden könne, wer über ein bestimmtes Mindestkapital verfüge.

Die Rechtsprechung hat sich mit diesen Argumenten auseinandergesetzt und sie in Übereinstimmung mit der überwiegenden Literaturmeinung - abgesehen von den Fällen dolosen Verhaltens - nicht gestützt[5].

Vielmehr ist es den Kommanditisten nur dann verwehrt, sich auf die beschränkte Haftung zu berufen, wenn - wie der BGH formuliert "besondere Umstände" vorliegen[6] und wenn durch diese Verwendung Ziele und Zwecke verfolgt werden, für die diese Rechtsform nicht bestimmt sei, oder wem durch diese Ver-

---

1) Erlinghagen, GmbH-Rundschau 62, 174.

2) Hesselmann, S. 108; Böttcher-Beinert, S. 50; Winkler NJW 69, 1010; Wiedemann, S. 50.

3) Hesselmann, S. 106.

4) Böttcher-Beinert, S. 50.

5) Überblick bei H.P. Westermann, S. 280 f.

6) BGH 45, 204, 206; NJW 66, 1309 m.w.Nachw.; Winkler, NJW 69, 1010.

wendung eine Täuschung des allgemeinen Rechtsverkehrs oder einzelner Personen herbeigeführt werden soll. Diese Voraussetzungen sind aber allein durch die Einschaltung einer GmbH als Komplementärin, der Bestellung von Kommanditisten zu Geschäftsführern und bei Unterkapitalisierung der GmbH nicht erfüllt.
In der Regel scheidet daher die Haftung geschäftsführender Kommanditisten aus.
Allerdings kann bei der GmbH & Co die Unterkapitalisierung der KG zu Haftungsfolgen für die Kommanditisten führen. Die Gefahr taucht auf, wenn ihre Hafteinlagen bei einer im übrigen vermögenslosen GmbH nicht dem Geschäftsvolumen entsprechen, das Geschäft vielmehr durch die die Hafteinlagen überschreitenden sog. Pflichteinlagen oder durch Darlehen der Kommanditisten finanziert wird. Unter diesen Umständen können die Kommanditisten im Krisenfall das über ihre Hafteinlage hinausgehende Kapital oder die Darlehen zum Nachteil der Gläubiger abziehen, so daß diesen durch diesen Abzug nur unverhältnismäßig geringe Haftbeträge zur Verfügung stehen.
In der Literatur wird versucht, eine Haftung der Kommanditisten in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Gläubigergefährdung bei Sicherungsübereignung über § 826 BGB[1], durch fingierte Willenserklärung des Kommanditisten, haften zu wollen[2] oder durch "Funktionshaftung" i.S. der Unterlassung der Einrede der Haftungsbeschränkung[3] zu konstruieren[4].

Eine dogmatisch befriedigende Grundlage der Voraussetzungen und des Umfangs einer Haftungserweiterung

---

1) H.P. Westermann, 262 f.

2) Erman KTS 59, 129 ff.

3) Westermann, Handbuch, Rdn. 9o9. 1.

4) Huber, 251 will die Rückzahlung der die Haftsumme übersteigenden Einlagen erst nach Befriedigung aller Gläubiger zulassen.

der Kommanditisten im Falle der Unterkapitalisierung hat sich noch nicht herausgebildet[1].

Es ist aber doch davon auszugehen, daß die Kommanditisten nach Prüfung im Einzelfall, wenn sie die KG mit erheblichen Darlehen oder freiwilligen Einlagen, die weit über ihre Hafteinlage hinausgehen, finanzieren, um diese Beträge im Krisenfall zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger abziehen, sich der Gefahr einer erweiterten Haftung über § 826 BGB aussetzen.
Die Frage der Haftungserweiterung über die Hafteinlage der Kommanditisten hinaus ist allerdings kein spezielles Problem der GmbH & Co, wohl ist diese Rechtsform häufig zum Anlaß geworden, die Haftung der Kommanditisten auszudehnen, weil insbesondere betrügerische Anlagegesellschaften in der Form der GmbH & Co gegründet wurden, die unter Ausnutzung der Haftungsbeschränkung der Komplementär-GmbH die KG mit unverhältnismäßig hohen Darlehen finanzierten und dadurch eine falsche Haftungsgrundlage vorspiegelten.

Einstweilen ist aber von einer solchen Haftungserweiterung der Kommanditisten in der GmbH & Co nicht auszugehen, wenn nicht besondere Umstände der Unterkapitalisierung in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung oder der Täuschung im Rechtsverkehr vorliegen.
Zu beachten ist weiter, daß aufgrund besonderer Vertragsgestaltung oder bestimmter Geschäftsvorgänge innerhalb der GmbH & Co, ohne daß den Gesellschaftern eine Nachteilsabsicht oder wirtschaftlicher Leichtsinn unterstellt zu werden braucht, eine über den Rahmen des § 171 HGB hinaus-

---

1) Westermann, Handbuch Rdn. 909, 1.

gehende Haftung der Kommanditisten eingreifen kann. Die Haftungserweiterung kann durch Freistellungsverpflichtungen der Kommanditisten im Innenverhältnis, die vorwiegend auf steuerlichen Motiven beruhen, gegründet werden und sich als Folge der Ausstrahlung der strengen Kapitalschutzvorschriften der GmbH (§§ 3o, 31, 63, 64 GmbH-Gesetz) auf die KG bei Geschäftsvorgängen, die zwar dem KG-Recht entsprechen, aber nicht mit den Kapitalschutzvorschriften der GmbH vereinbar sind, ergeben.

Die Problematik entspringt der Kollision von GmbH und KG-Recht als Folge der Grundtypenvermischung, wenn die Entnahmen der Gesellschafter oder die Schulden der KG das geschützte Stammkapital der GmbH angreifen. Dabei handelt es sich um Fallgestaltungen, die sich aufgrund einer besonderen Interessenlage für die Gesellschafter als vorteilhaft erweisen können.

Die Gesellschafter einer GmbH & Co haften somit im Regelfall weder in ihrer Eigenschaft als Kommanditist noch als Gesellschafter der GmbH unbeschränkt. Dieser wirtschaftliche Vorteil resultiert daraus, daß für die GmbH das GmbH-Gesetz und für die KG das HGB maßgeblich sind, obwohl es sich wirtschaftlich um ein einheitliches Unternehmen handeln kann. Im Rahmen der Kooperation stehen somit den Kooperationspartnern die Möglichkeit offen, z.B. bei kleiner Partnerzahl als geschäftsführender Gesellschafter die Leitung des gemeinsamen Unternehmens, d.h. die Komplementärfunktion zu übernehmen, ohne dadurch infolge unbeschränkter Haftung für das Einzelunternehmen ein nicht kalkulierbares Risiko in Kauf nehmen zu müssen.

II. Die wirtschaftliche Förderung der Mitgliedsunternehmen

1. Förderung durch Mitgliedergeschäfte

Wenn auch die GmbH & Co sich als flexible Rechtsform erweist und eine Beteiligung selbständiger Unternehmen bei wirtschaftlich begrenztem Risiko ermöglicht, so hängt ihre Eignung als Rechtsform der Unternehmenskooperation entscheidend davon ab, inwieweit sie eine Zusammenarbeit ermöglicht, die die wirtschaftliche Stärkung der Mitgliedsunternehmen gewährleistet.

Die wirtschaftliche Förderung der Beteiligten kann sich im Einzelfall unterschiedlich darstellen. Das ist zunächst eine Frage ökonomischer und organisatorischer Natur und hängt von der Art der aufgetragenen Tätigkeit, der Branche usw., somit von den Besonderheiten des Einzelfalles ab. Letztlich soll die in der Ausgliederung und Übertragung von Unternehmensfunktionen liegende Zusammenarbeit für die beteiligten Unternehmen wirtschaftliche Vorteile bringen.

Die Ausführung bestimmter Unternehmensfunktionen durch das gemeinsame Unternehmen soll für die Beteiligten günstiger sein, als wenn diese die Leistungen selbst ausführten oder durch fremde Unternehmen erbringen ließen. Die wirtschaftliche Zusammenarbeit, die Abnahme der durch das gemeinsame Unternehmen hergestellten, eingekauften Ware usw., der Leistungsaustausch und die Inanspruchnahme der Dienste und Leistungen des gemeinsamen Unternehmens durch die Mitglieder (Mitgliedergeschäfte) bezwecken Kostensenkung und letztlich Gewinnerzielung bei den Mitgliedern.

Es handelt sich dabei um keine typischen Rechtsgeschäfte, die dem Kooperationsunternehmen wirtschaftliche Vorteile erbringen, sondern auf die Förderung der Mitglieder ausgerichtet sind.
Optimal ist die Kooperation, wenn die durch die Tätigkeit des Kooperationsunternehmens erzielten wirtschaftlichen Vorteile (z.B. Preisnachlaß) unmittelbar den Beteiligten zufließen.
So kann die Förderung der Mitgliedsunternehmen durch den Betrieb eines Handelsgewerbes darin bestehen, daß das Kooperationsunternehmen selbst für die Ausführung der übertragenen Tätigkeit auf Gewinn verzichtet, die Erübrigungen und tatsächlichen Vorteile vielmehr unmittelbar an die Mitglieder weitergibt.

> Beispiel: Das Kooperationsunternehmen verkauft Waren der Mitgliedsunternehmen, wobei die an die Mitgliedsunternehmen zu leistenden Einstandspreise so hoch berechnet werden, daß unter Berücksichtigung der Selbstkosten dem Kooperationsunternehmen keinerlei Gewinn mehr verbleibt. Oder: Eine Einkaufsgemeinschaft verkauft Produkte an die Mitgliedsunternehmen zum Selbstkostenpreis.

Schließlich kann die Förderung so aussehen, daß das Kooperationsunternehmen Leistungen für Nichtmitglieder mit, dieselben oder andere Leistungen für Mitglieder ohne Gewinnspanne erbringt.

> Beispiel: Eine Einkaufsgemeinschaft liefert Waren an Mitgliedsunternehmen zum Selbstkostenpreis, an Dritte zu marktüblichen Preisen. Der durch die Fremdleistung erzielte Erlös wird entweder normal ausgeschüttet oder er wird durch weitere Senkung der Selbstkostenpreise unmittelbar über Mitgliedergeschäfte an die Mitglieder weitergegeben.

2. Der Zweck der Förderung im Verhältnis zum Zweck des Betriebs eines Handelsgewerbes

Fraglich ist, inwieweit durch die Rechtsform der GmbH & Co eine Förderung in dieser Weise verwirklicht werden kann, da der Zweck der GmbH & Co gerade nicht - wie bei der Genossenschaft - auf die Förderung der Mitglieder, sondern zwingend auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, § 1o5 HGB.

a) Das Erfordernis der unmittelbaren Gewinnerzielungsabsicht

Die Förderung könnte mit dem nach § 1o5 HGB erforderlichen Zweck nicht vereinbar sein, wenn die Gewinnerzielung begriffsnotwendig zur Ausübung eines Handelsgewerbes i.S. von § 1o5 HGB gehört.

Soll die Kooperationsgesellschaft mit ihrer Tätigkeit keinen Gewinn abwerfen, sondern allenfalls zur Gewinnerzielung bei den Mitgliedsunternehmen beitragen, würde es an diesem Erfordernis fehlen, die Eignung der GmbH & Co als Rechtsform der Kooperation in Frage stellen.
Dieses Ergebnis ist im Hinblick auf die wirtschaftspolitisch notwendige Unternehmenskooperation unbefriedigend, wenn z.B. das Kooperationsunternehmen unter gemeinsamer Firma am Handelsverkehr teilnimmt, es entsprechend seinem vertraglichen Zweck typische Handelsgeschäfte i.S. von § 1 Abs. 2 HGB ausübt und einen Betrieb hat, der einen nach Art und Umfang kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2 HGB) und somit nach dem Wortlaut des Gesetzes die Anwendung von Handelsrecht nach sich zieht.

Auch vom praktischen Ergebnis her bleibt die Tätigkeit des Kooperationsunternehmens gleich, einerlei, ob es mit oder ohne unmittelbare Gewinnabsicht arbeitet. Es tritt in beiden Fällen als wirtschaftliche und organisatorische Einheit im Handelsverkehr auf, für den Außenstehenden und den Geschäftspartner nicht erkennbar, ob es für sich selbst oder für Dritte Erlöse erwirtschaften will oder ob es mögliche Erlöse unmittelbar ohne eigene Gewinnerzielungsabsicht an die Mitglieder in irgendeiner Form weitergibt[1].

Zugesptitzt kann es eine Frage buchhalterischer Überlegungen sein, wo und ob das Geschäftsergebnis ausgewiesen werden soll, ob in der Bilanz des Kooperationsunternehmens oder in der der Mitgliedsunternehmen, ob somit Handelsrecht anwendbar ist oder nicht. Solche Überlegungen sind für die Prüfung der Frage der Anwendbarkeit von Handelsrecht nicht geeignet, wenn - wie hier - das Kooperationsunternehmen äußerlich typische Handelsgeschäfte vornimmt.

Eine im Vordringen befindliche Literaturansicht sieht die Gewinnabsicht lediglich als typisches Merkmal an[2]. Raisch kommt nach einer Analyse der Entscheidungen der Rechtsprechung des Reichsoberlandesgerichts, des Reichsgerichts und des BGH zu

---

1) Ohne Auswirkung auf die Art der Tätigkeit kann die erzielte Vergünstigung durch das Kooperationsunternehmen direkt an die Mitglieder als Gewinnausschüttung weitergegeben werden, vgl. S. 55 ff.

2) Sack DB 74, 1659; Fabricius, S. 23 und S. 15; Raisch, S. 122, 186 ff., 193.

dem Ergebnis, daß das Gewinnstreben nicht als relevantes Element zu verstehen sei[1]. Zwar sei in einem Unternehmen als wirtschaftliche und soziale Einheit die Gewinnabsicht die Regel, es spiele aber eine untergeordnete Rolle oder entfalle gänzlich bei öffentlichen Unternehmen oder bei gemeinnützigen Unternehmen in privater Form.

Nach Sack[2] entspricht es nicht dem Zweck des Handelsrechts, den Begriff des Handelsgewerbes vom Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht abhängig zu machen. Er beruft sich auf Heck[3], wonach der Zweck des Handelsrechts darin bestehe, den Handelsverkehr, d.h. die Außenbeziehungen von Kaufleuten und Handelsgesellschaften zu anderen Wirtschaftsunternehmen zweckmäßig zu regeln. Handelsrecht ist nach Heck das Recht des rechtsgeschäftlichen Massenbetriebs. Allein die Motive der Gesellschafter könnten daher nicht über die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit

---

1) Seine Überlegungen sind bestimmt von der Einsicht, daß das Handelsrecht weitgehend Organisationsrecht der Wirtschaft ist und damit als Teil eines einheitlichen Unternehmensrechts zu bezeichnen sei. In diesem Zusammenhang sei daher die in § 1-7 HGB vorgenommene Abgrenzung des Geltungsbereichs des Handelsrechts unzulänglich und der Zentralbegriff des Handelsgewerbes durch den des "Unternehmens" zu ersetzen. Er kommt weiter zu dem Ergebnis, daß im Rahmen der Beurteilung der Notwendigkeit des Handelsrechts neben dem BGB die Gewinnabsicht nicht Anlaß war, Sondervorschriften neben dem BGB zu schaffen.

2) DB 74, 1659.

3) AcP 92, 1902, 438, 442, 460.

von Handelsrecht entscheiden[1]. Ob die Gesellschafter Gewinn erzielen wollen oder nicht, gehe Dritte nichts an"[2].

In der Tat geht auch die Tendenz der Rechtsprechung dahin, Unternehmen der öffentlichen Hand, selbst wenn sie keine Gewinnabsicht haben und nicht als Gewerbebetrieb anerkannt werden, dennoch die Kaufmannseigenschaft für die ihrem Inhalt nach typischen Vermögensgeschäfte zuzubilligen[3]. Den Begriff des Gewerbebetriebes i.S. der Verjährungsvorschriften hat der BGH zunehmend auf äußere Merkmale bezogen und darauf abgestellt, ob "aus dem Umfang der technischen und kaufmännischen Gestaltung entnommen werden kann, ob es sich um einen Gewerbebetrieb oder um eine anderweitige Tätigkeit handelt."[4]. Die Verkehrsauffassung stelle bei ihrer Wertung auf den Aufbau und die Ausgestaltung der jeweils in Betracht kommenden Tätigkeit ab[5].

Trotz dieser Tendenz und der nicht unerheblichen Stimmen in der Literatur erkennt die überwiegende Meinung in der Literatur und die Rechtsprechung nach wie vor die Gewinnerzielungsabsicht als entscheidendes Merkmal für den Begriff des Handelsgewerbes an, obwohl der Gesetzgeber dies nicht aus-

---

1) Sack, DB 74, 1659 f.; Nitschke, S. 123, Fußn. 4o; Raisch, S. 186 ff.; Duden, S. 127 ff., 138; Fabricius, S. 23, 15; Sandrock, S. 13.

2) "Dritten Personen liege keine Erkundigungspflicht in betreff der inneren Motive ob; diese werden durch das Gewicht der äußeren Erscheinung gänzlich überwogen"; Tiel, S. 111.

3) Brüggemann in: Großkommentar HGB, Anm. 8 zu § 1 HGB.

4) BGH 33, 321.

5) BGH 33, 335.

drücklich bestimmt[1]. Bereits das Reichsgericht stellte fest, für den Begriff des Handelsgewerbes sei eine auf "Gewinn gerichtete Tätigkeit wesentlich"[2]. Unter einer auf Erwerb gerichteten Tätigkeit sei das Streben nach betriebswirtschaftlichem Gewinn zu verstehen[3]. In kontinuierlicher Rechtsprechung wird seitdem in Übereinstimmung mit der Literaturmeinung die Auffassung vertreten, die "Gewinnerzielungsabsicht wohne dem Begriff des Gewerbes, der Tätigkeit eines Kaufmannes mit Notwendigkeit inne"[4].

b) Gesellschaftsvertragliche Sicherung der Förderung

Da somit einstweilen die Gewinnerzielungsabsicht als begriffsnotwendiger unmittelbarer Zweck erachtet wird, ist zu prüfen, inwieweit die GmbH & Co dennoch auf den Förderungszweck ausgerichtet werden kann.

Eine Lösung besteht darin, dem Kooperationsunternehmen nur einen symbolischen Gewinn zuzuerkennen[5],

---

1) RGZ 37, 294 (297); RGZ 138, 6 ff.(16); RGZ 132, 367 ff.(372); BGHZ 49, 26o; 53, 223 m.w.Nachw.; Schlegelberger-Hildebrand Rdn. 24 zu § 1; Brüggemann in Großkomm. HGB, Anm. 6, 1o zu § 1 HGB; Schlegelberger-Geßler, Anm. 1o zu § 1o5 HGB; Fischer-Ulmer, Anm. 12 zu § 1o5 HGB; Hueck, Recht der OHG § 1 I 2a; Würdinger, RGRK HGB § 1 Anm. 6; Winkler, NJW 7o, 449, 45o; Westermann, Handbuch Rdn. 52; entscheidend sei die Absicht der Gewinnerzielung, auch wenn tatsächlich mit Verlust abgeschlossen werde. Wenn der Gewinn aber auf Dauer ausbleibe, könne dies ein Auflösungsgrund sein.

2) RGZ 116, 227, 229.

3) BGH 36, 273 ff.

4) s. Fußn. 6 auf S. 52/53

5) Etwa in Höhe der gesetzlichen Verzinsung des Kapitals (§ 1o8 HGB).

im übrigen die weiteren Vergünstigungen an die Mitglieder unmittelbar über Mitgliedergeschäfte weiterzugeben[1]. Dies kann technisch auch dadurch geschehen, daß die erzielten Vorteile des Kooperationsunternehmens als Gewinn der Gesellschaft bilanzmäßig ausgewiesen, sie aber über Mitgliedergeschäfte so ausgeschüttet werden, daß sie den Beteiligten dennoch unmittelbar zugute kommen.

> Beispiel: Die durch den Verkauf von Mitgliederwaren erzielten Gewinne der Verkaufsgemeinschaft werden an Mitgliederunternehmen über erhöhte Einstandspreise für die gelieferten Waren als Gewinn verrechnet. Die Höhe des ausgeschütteten Gewinns richtet sich nach der Vereinbarung über die Höhe der Einstandspreise.

Dabei ist es sinnvoll, die Komplementär-GmbH, wenn deren Aufgabe - wie üblich - allein in der Geschäftsführung und Vertretung der KG liegt, von der Förderung auszuschließen und ihr nur die zwecks Erfüllung ihrer Funktion notwendigen Auslagen zu erstatten. Damit wird erreicht, daß den Mitgliedsunternehmen die wirtschaftlichen Vorteile in vollem Umfang zufließen können und ihnen auch Gewinne unmittelbar in ihrer Eigenschaft als Kommanditisten nach einmaliger Gewinnfeststellung in der KG zukommen können. Umständlicher wäre es, der GmbH eine Gewinnbeteiligung zuzuerkennen und diese im Umweg über die GmbH nach erneutem Feststellungs- und Verteilungsbeschluß gem. den GmbH-Vorschriften den Mitgliedsunternehmen zuzuschreiben. Der wirtschaftlich einheitliche Gewinnanspruch in der Person eines Gesellschafters unterläge dann in Ermittlung, Feststellung und Verwendung teils dem GmbH- und teils dem KG-

---

1) Z.B. auf Gewinne bei Mitgliedergeschäften zu verzichten.

Recht[1].

3. Die Zulässigkeit der Zuwendungen an Mitgliedsunternehmen

Zwar steht der gesetzlich vorgeschriebene Zweck des Betreibens eines Handelsgewerbes nicht entgegen, wenn die Tätigkeit der Gesellschaft Erlöse - wenn auch nur geringe, symbolische - bringt.

Zu prüfen bleibt jedoch, ob die Vertragsautonomie die Begrenzung des Gewinns auf eine geringe Höhe und die Zuwendung von Vorteilen an die Mitgliedsunternehmen über die Berechnung von Leistungen bei Mitgliedergeschäften ermöglicht.

a) Gewinnbegrenzung und Ausschluß der Komplementär-GmbH vom Ergebnis

Die gesetzliche Regelung über die Gewinn- und Verlustverteilung gem. § 168 HGB ist dispositiv. Freigestellt ist den Gesellschaftern, ob und wie sie den Gewinn verwenden. In begrenztem Maße ist auch völliger Verzicht zulässig.[2] Folglich ist - wenn auch die Gewinnerzielung auf Dauer für den Betrieb eines Handelsgewerbes erforderlich ist - die Festsetzung der Höhe des Gewinns in das Ermessen

---

1) Ein vertraglicher Ausschluß der Beteiligung der Komplementär-GmbH von Kapital und Ergebnis der KG wird allerdings nur in Frage kommen bei gesellschafteridentischer GmbH & Co. Nur in diesen Fällen berührt es die Gesellschafter der GmbH nicht, wenn sie nicht in vollem Umfang am Gewinn der KG beteiligt sind. In Fällen der nichtgesellschafteridentischen GmbH & Co und im Falle teilweiser Gesellschafteridentität werden die Gesellschafter in der Regel an einem Ausschluß vom Gewinn der KG nicht interessiert sein. Ein Gewinnausschluß kommt also nicht in Betracht, wenn die GmbH unabhängig von ihrer Geschäftsführungstätigkeit zum Zweck der Kooperation noch einen eigenen Gewerbebetrieb unterhält.

2) Ständiger Verzicht kann jedoch Auflösungsgrund sein, vgl. Westermann, Handbuch, Rdn. 52.

der Gesellschafter gestellt. Eine vertragliche Regelung, in der sich die Gesellschafter mit der Festlegung eines geringen Gewinns zufrieden geben[1], und der Verzicht auf Erzielung möglichst hoher Gewinne bei Mitgliedergeschäften können im Prinzip im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden.
Aus der Dispositionsfreiheit folgt weiterhin, daß auch der Ausschluß der Komplementär-GmbH vom Ergebnis möglich ist, dadurch den Verzicht auf Gewinn eines Gesellschafters das Wesen der Personengesellschaft nicht tangiert wird. Der gemeinsame Zweck, der auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, ist von der Beteiligung am Ergebnis und von den individuellen Vorteilen, die die Gesellschafter für sich erhoffen, zu trennen. Maßgeblich ist nur, daß die Gesellschafter in sinnvollerweise zusammenwirken[2]. Die Beteiligung am Gewinn wird daher nicht als notwendiges Begriffsmerkmal der Personengesellschaft angesehen. Im Prinzip ist somit der Ausschluß einzelner Gesellschafter vom Kapital und Ergebnis bei der OHG und auch der KG zulässig[3].

---

1) Vgl. die Absicht der Gesellschafter bei Abschreibungsgesellschaften, in denen es entscheidend auf hohe Verluste ankommt, vgl. Sack, DB 74, 1659.

2) Huber, S. 298; Hueck, Recht der OHG, § 1 I 1 b weist darauf hin, daß der gemeinsame Zweck auch den persönlichen Vorteil enthalte, der durchaus nicht materieller Art, sondern auch ideeller Natur sein kann; ähnlich Fischer-Ulmer, Anm. 9a zu § 1o5 HGB.

3) H.M., z.B. Hueck § 1 I 1 b); Fischer-Ulmer, Anm. 9a zu § 1o5 HGB; Lehmann § 19 VI 2, S.116; Duden § 1o5, 3 A; Huber, S. 298; a.A. Staub-Pinner § 1o5, 4; Weipert § 1o5, 9 und § 121, 12; Wieland, S. 463 f. eine abschließende Stellungsnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung fehlt; bejahende Tendenz in BGH 14, 264, 278 f.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus der Einschaltung einer GmbH als phG, da es das Wesen der KG nicht berührt, wenn eine juristische Person die Funktion eines persönlich haftenden Gesellschafters übernimmt.
Auch eine gesetzliche Verpflichtung der GmbH, Gewinn zu erzielen, besteht nicht. Das ergibt sich insbesondere aus der gesetzlichen Regelung des Unternehmensgegenstandes, der jeglichen Zweck umfassen und sich somit allein auf die Übernahme der Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht in der KG beschränken kann.

b) Einschränkung der Zuwendungen durch das Institut der verdeckten Gewinnausschüttung.
Die vertragliche Vereinbarung eines minimalen Gewinns und die Weitergabe der Erübrigungen an die Mitgliedsunternehmen durch Mitgliedergeschäfte können allerdings eine verdeckte Gewinnausschüttung bedeuten.
Die Frage der verdeckten Gewinnausschüttung taucht in der Regel nur im Verhältnis der Kapitalgesellschaften und ihren Gesellschaftern auf und beruht auf der Trennung zwischen Gewinn der Gesellschaft und dem der Gesellschafter aus der Gesellschaft. Darunter wird die Zuwendung jeglicher Vorteile an die Gesellschafter erfaßt, die die Gesellschaft Nichtmitgliedern nicht zuwenden würde, ohne daß eine förmliche Gewinnausschüttung oder Kapitalentnahme und die Absicht der Steuerumgehung oder Gewinnminderung vorzuliegen braucht[2].

---

1) Hesselmann, S. 141.

2) Steuerrechtlich ist die Bilanz einer Personengesellschaft als Bündel der Bilanzen der Gesellschafter anzusehen.

Die Weitergabe erzielter Vorteile über Mitgliedergeschäfte an die Mitglieder in reinen Personengesellschaften kann daher keine verdeckte Gewinnausschüttung sein, weil der Gewinn der Gesellschaft gleichzeitig Gewinn der Gesellschafter ist[1] und allein die Gesellschafter Steuersubjekte sind, die Personengesellschaft als solche nicht der Körperschaftssteuer unterliegt. Zwar wird auch die GmbH & Co steuerrechtlich als Personengesellschaft anerkannt, dennoch ist durch die Einschaltung der GmbH die Möglichkeit der verdeckten Gewinnausschüttung gegeben, wenn die GmbH als Gesellschafter der KG im Vergleich zu den anderen Gesellschaftern - vorausgesetzt, daß diese gleichzeitig auch Gesellschafter der GmbH sind - keinen oder einen zu niedrigen, d.h. wirtschaftlich nicht angemessenen Gewinnanteil erhält. Darin liegt ein Verzicht der GmbH zugunsten der Kommanditisten in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter der GmbH, zu dem ein Dritter nicht bereit wäre. Dieselbe Konstellation liegt vor, wenn durch Vorzugsgeschäfte der GmbH & Co mit ihren Mitgliedern, (z.B. bei zu niedrigen Verkaufspreisen der GmbH & Co oder zu hohen Einkaufspreisen) der Gewinnanteil der GmbH geschmälert wird oder ganz entfällt.

Auf diese Weise werden die wirtschaftlichen Vorteile den Gesellschaftern der GmbH in ihrer Eigenschaft als Kommanditisten zugewendet, ohne als Gewinn der GmbH veranlagt zu werden, eine Regelung, der eine GmbH mit fremden Gesellschaftern nicht zustimmen würde.

Es ist somit festzuhalten, daß eine Förderung der Mitgliedsunternehmen der gesellschafteridentischen

---

1) BFH IV R 139/7 in: BStBl. 68, II S. 152; Hesselmann, S. 43; Böttcher in: Wiethölter, Aktuelle Probleme S. 95.

GmbH & Co sich - trotz ihrer Anerkennung als Personengesellschaft - als verdeckte Gewinnausschüttung erweisen kann, wem dadurch eine Schlechterstellung der GmbH herbeigeführt wird, mit der eine fremde GmbH nicht einverstanden wäre.

Da eine vertragliche Regelung, die eine verdeckte Gewinnausschüttung vorsieht, unwirksam ist, als Besteuerungsgrundlage vielmehr ein der Gesellschafterstellung entsprechender wirtschaftlich angemessener Gewinnanteil ermittelt wird, ist der Gestaltungsspielraum der Kooperationspartner de facto somit insoweit eingeschränkt, als bei der Regelung der Zuwendungen bei Mitgliedergeschäften ein wirtschaftlich angemessener Gewinnanteil der GmbH berücksichtigt werden muß.

c) Gesellschaftsrechtliche Anpassung

Die Frage der wirtschaftlichen Angemessenheit richtet sich nach der gesellschaftsrechtlichen Stellung der Komplementär-GmbH[1].

Ansatzpunkt für die gesellschaftsrechtliche Gestaltung ist daher die Funktion der GmbH. Es kommt darauf an, die Rechte und Pflichten der GmbH so zu gestalten, daß ihr entsprechend dem Förderungszweck der Beteiligten nur eine geringe, aber angemessene Gewinnbeteiligung zukommt. Die maßgebenden Faktoren sind Kapitaleinsatz, Tätigkeit und Haftung der GmbH.

Wird die Komplementär-GmbH von einer Kapitalbeteiligung an der KG ausgeschlossen, so ist es angemessen, wenn ihr nur eine Tätigkeitsvergütung und eine Haftungsrisikoentschädigung für die Über-

---

1) BFH IV R 139/7 in: BStBl. 68 II S. 152; Hesselmann, S. 43; Böttcher in: Wiethölter, Aktuelle Probleme S. 95.

nahme der unbeschränkten Haftung zuerkannt wird.[1)]

Da die Höhe der Tätigkeitsvergütung von der Tätigkeit der GmbH, also ihrer Geschäftsführung, abhängt, ergibt sich gesellschaftsrechtlich die Möglichkeit, sie auch von dieser Funktion im Innenverhältnis zu entlasten, einzelnen Kommanditisten oder Fremden die Geschäftsführung und rechtsgeschäftliche Vertretung für die GmbH zu übertragen.

Der in der Geschäftsführung und Vertretung liegende gesellschaftsrechtliche Beitrag für die GmbH & Co wird dann nicht von der GmbH ausgeführt, so daß ihr auch dafür steuerlich keine Tätigkeitsvergütung zuzurechnen ist[2)]. Mangels Kapital und Arbeitseinsatz seitens der GmbH kommt somit auch keine Gewinnbeteiligung in Betracht. Ob es zulässig ist, die Gewinnbeteiligung im Hinblick auf das Haftungsrisiko durch die gesellschaftsvertraglich zulässige Abrede der Haftungsfreistellung auszuschließen, war allerdings umstritten[3)].

---

1) Böttcher in: Wiethölter, Aktuelle Probleme, S. 98, ähnlich auch Hesselmann, S. 97.

2) Böttcher in Wiethölter, Aktuelle Probleme, S.1o3.

3) Teilweise wird eine besondere Haftungsprämie für erforderlich gehalten, weil trotz interner Freistellung das Risiko letztlich bei der GmbH verbleibt. Rückert BB 66, 1941; Hellinger, GmbH-Rundschau 59, 138. Allein in der nach außen bestehenden Verpflichtung sei ein wichtiger Gesellschafterbeitrag zu sehen, der honoriert werden müsse. Trotz interner Freistellung beinhaltet die persönliche Haftung noch ein Wagnis, das wirtschaftlich vergleichbar mit der Übernahme einer Eventualverbindlichkeit sei. Diese sei von vornherein als kalkulierbares Risiko zu berücksichtigen, Heinze DB 67, 262. Dagegen lehnt Hesselmann eine besondere Risikoprämie ab, wenn die GmbH ihr Vermögen in die KG einbringt. Sie sei aber zu gewähren, wenn das Haftungsrisiko der GmbH ihre Kapitaleinlage wesentlich übersteige, es sei denn, die GmbH sei im Innenverhältnis freigestellt; ebenso auch Weber-Jansen, NJW 71, 1679.

Seit der wegweisenden Entscheidung des BFH ist nunmehr klargestellt, daß eine besondere Haftungsprämie für das in der unbeschränkten Haftung liegende Verlustrisiko nicht in Betracht kommt, wenn die GmbH im Innenverhältnis von dieser Haftung freigestellt ist, da auch einem Dritten, der im Innenverhältnis von der Haftung freigestellt worden ist, ein Entgelt nicht gewährt würde, auch wenn sich u.U. wegen Zahlungsunfähigkeit der Kommanditisten die Haftungsbefreiung nicht realisieren ließe[1]. Wie hoch im übrigen der Gesellschafterbeitrag der GmbH, z.B. die Einführung ihres Namens, der Einsatz ihres Vermögens, einzuschätzen ist, hängt vom Einzelfall ab und richtet sich u.a. nach der Höhe des Vermögens der KG, ihrer wirtschaftlichen Lage usw.

Durch die angedeuteten gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsvarianten ist es ermöglicht, die steuerliche Anerkennung eines Beteiligungsausschlusses der GmbH zu erreichen, da die maßgeblichen Faktoren wie Arbeitseinsatz, Kapital und Haftung so geregelt werden können, daß ein weitgehender Beteiligungsausschluß der GmbH am Ergebnis der KG wirtschaftlich angemessen ist. Der Schlüssel dazu liegt in der Gestaltungsfreiheit der GmbH & Co, in der Möglichkeit der Gesellschafter, ihrem Willen entsprechend die GmbH in die KG einzubauen und deren Funktion und Stellung im Verband nach ihren Zielvorstellungen auszurichten.
Unter Zugrundelegung der im Steuerrecht geltenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise kommt es maßgeblich auf die wirtschaftliche Verfassung des Unter-

---

1) Siehe Fußn. 1, Seite 59.

nehmens an, so daß zur Beurteilung der Frage der Angemessenheit immer eine Prüfung im Einzelfall erforderlich ist.

d) Die Berücksichtigung des Kapitalschutzes in der GmbH & Co

Die Zuwendung an die Mitgliedsunternehmen unmittelbar über die Berechnung von Mitgliedergeschäften kann gesellschaftsrechtlich durch die Vorschriften der Gewinnausschüttung und der Entnahmebefugnis begrenzt sein. Vor allem kann die Weitergabe der erzielten Vorteile und der Ausschluß der GmbH von der Förderung zur Auszehrung des Betriebskapitals führen und mit § 30 GmbH-Gesetz kollidieren.

aa) Regelung in der KG

Nach der gesetzlichen Regelung des § 169 HGB hat der Kommanditist Anspruch auf Auszahlung des ihm zustehenden Gewinns gegen die KG in voller Höhe selbst dann, wenn die KG dadurch in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät. Unter Umständen kann dieser Anspruch bei erheblicher Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht eingeschränkt werden.

Das Entnahmerecht ist begrenzt, wenn der Kapitalanteil des betreffenden Kommanditisten in Folge von Verlusten unter die bereits geleistete Einlage oder durch Auszahlung unter den geleisteten Betrag herabgemindert würde. Eine Auszahlung ist untersagt, wenn das Kapitalkonto durch Verluste negativ geworden ist, so daß der erzielte Gewinn zunächst zum Ausgleich früherer Verluste verwendet werden muß. Da die Entnahmeregelung dispositiv ist, kann diese gesetzlich vorgeschriebene Einschränkung des Entnahmerechts der Kommanditisten aufgehoben werden. Entsprechend dem Willen der Gesellschafter kann der Gesellschaftsvertrag das Entnahmerecht den Kommanditisten unbeschränkt zugestehen, es

vollkommen ausschließen oder es beschränkt zulassen[1]. Damit eine zweckgerechte alle Interessen berücksichtigende Vereinbarung der Ausschüttung ermöglicht wird, kann im Gesellschaftsvertrag die Ausschüttung unmittelbar durch Verrechnung bei Mitgliedergeschäften vereinbart und somit eine flexible Förderung erreicht werden.
Gleichzeitig wird auf diese Weise das Interesse der Beteiligten, möglichst wenig Kapital im Gemeinschaftsunternehmen zu binden, berücksichtigt, da das KG-Recht ausdrücklich eine das Vermögen und Kapital sichernde Vorschrift nicht enthält. Die Gesellschafter können daher durch Gesellschafterbeschluß oder durch eine Maßnahme der Geschäftsführung eine der wirtschaftlichen Situation im Einzelfall entsprechende Sonderregelung, z.B. zwecks Stützung eines beteiligten Gesellschafterunternehmens bei wirtschaftlicher Notlage, treffen, ohne durch gesetzliche Kapitalbindungsvorschriften in ihrer Beweglichkeit eingeschränkt zu sein.[2]
Zu beachten ist jedoch, daß die Gestaltungsfreiheit sich lediglich auf das Innenverhältnis beschränkt und insbesondere die haftungsrechtliche Wirkung unzulässiger Entnahmen im Sinne von § 172 Abs.4 HGB im Außenverhältnis unberührt bleibt, da es sich um eine unabdingbare Haftungsvorschrift handelt. Danach läßt nicht nur die Rückgewähr der Ein-

---

1) Sudhoff, S. 273; Westermann, Handbuch, Rdz. 901.

2) Schließlich ergibt sich aus der Rechtsnatur der GmbH & Co als Personenhandelsgesellschaft noch der steuerliche Vorteil, daß Entnahmen, die zur Erhaltung der Liquidität notwendig werden können, ohne zusätzliche Steuerbelastung entnommen werden können, da eine Kapitalertragssteuer wie z.B. bei der GmbH nicht entsteht.

lage, bzw. jede vermögenswerte Leistung der Gesellschaft, die den Kommanditisten zugute kommt, die Haftung gem. § 172 Abs. 4 HGB wieder aufleben, auch vertraglich zulässige über die dispositive Regelung des § 169 Abs. 1 HGB hinausgehende Gewinnentnahmen durch Mitgliedergeschäfte können haftungsauslösend sein, wenn dadurch ein geleisteter Kapitalanteil unter den Betrag der Haftsumme sinkt oder er durch Verluste bereits herabgemindert war, es sei denn, es handelt sich um gutgläubig bezogene Scheingewinne (§ 172 Abs. 5 HGB)[1]. Ein Gesellschaftsvermögen, für dessen Schmälerung die Kommanditisten einzustehen hätten, wird den Gläubigern einer KG durch § 172 Abs. 4 HGB nicht garantiert[2], so daß auch bei wirtschaftlich überhöhten Zuwendungen an die Kommanditisten, die z.B. zu einer Überschuldung führen, die Gläubiger einer KG gegenüber den Kommanditisten nur Anspruch darauf haben, daß ihnen außer dem jeweiligen Gesellschaftsvermögen und dem Privatvermögen des Komplementärs nur die Haftbeiträge der Kommanditisten zur Verfügung stehen.

bb) Schranken des Entnahmerechts der Kommanditisten durch § 3o Abs. 1 GmbH-Gesetz. Durch die Einschaltung der GmbH als Komplementärin der KG ergibt sich jedoch aus dem in § 3o Abs. 1 GmbH-Gesetz manifestierten Grundsatz eine andere Beurteilung des Zuwendungsanspruchs und der Rückzahlungsverpflichtung der Kommanditisten, sofern das in § 3o GmbH-Gesetz geschützte Stamm-

---

1) Bei Buchverlusten ist die Anwendung von § 172, Abs. 4 HGB strittig. Gegen die Anwendung: Westermann, Handbuch, Rdn. 927, für die Anwendung: Fetsch, Abschreibungsgesellschaften, S. 111 ff.

2) BGH BB 73, 58o.

kapital der GmbH in Folge unbeschränkter Verfügungsbefugnis über das Gesellschaftskapital gefährdet ist.

Die wegen § 3o GmbH-Gesetz beschränkte Entnahmebefugnis der Gesellschafter wird für die Beteiligten in der Regel unmittelbar weniger von Bedeutung sein, da nicht die GmbH Träger des Kapitals ist, sondern die Gesellschafter in ihrer kommanditistischen Beteiligung die Quelle zu erwartender Zuwendungen sehen. Dennoch kann die Ausschüttungsbeschränkung in der GmbH unmittelbare Wirkung auf die Befugnisse in der KG haben, wenn das GmbH-Kapital gefährdet wird.

Die Gefährdung konkretisiert sich dann, wenn die GmbH & Co aus dem Gesellschaftsvermögen unentgeltliche Zuwendungen an die Kommanditisten leistet, da dadurch gleichzeitig das Vermögen der GmbH unter den Nennwert des Stammkapitals herabsinken kann. Ob das im Einzelfall möglich ist, hängt von den Vermögensverhältnissen der GmbH und der KG und von der Beteiligung der GmbH an der KG ab[1].

Hat die GmbH ihr gesamtes Vermögen als Einlage in die KG eingebracht, können Zahlungen aus dem KG-Vermögen an einen Gesellschafter eine Minderung des Kapitalkontos der GmbH bewirken, so daß dieses nicht mehr den Wert ihres angegebenen Stammkapitals entspricht[2]. Auch wenn aufgrund vertraglicher Regelung der Ausschüttung die Zuwendungen an die Kommanditisten nicht das Kapitalkonto der GmbH belasten oder wenn die GmbH keine Einlage bei der

---

1) Vgl. Hunscha, GmbH-Rundschau 73, 262; Kuhn, S. 215; a.A. Winkler NJW 71, S. 111 ff. der nur auf das Vermögen der GmbH abstellt.

2) Z.B. der Kommanditist erhält einen Teil vom Wert der KG-Beteiligung der GmbH; vgl. Winkler, NJW 69, 1oo9 ff.

KG hält, kann eine unentgeltliche Zuwendung zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung führen[1], wenn die GmbH "zum Ausgleich der Passivposten, die sich aus ihrer gesetzlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft ergeben, in Folge Aushöhlung des Vermögens der KG keinen gegenüber dieser näher realisierbaren Freistellungsanspruch aktivieren kann, und das Vermögen der GmbH aus diesem Grunde unter die Ziffer des Stammkapitals herabgedrückt wird."[2].

Die im Falle unbeschränkter Entnahmebefugnis der Kommanditisten begründete Gefährdung des Stammkapitals der GmbH rechtfertigt es, § 3o Abs. 1 GmbH-Gesetz in seinem unmittelbaren und entsprechenden Geltungsbereich auf die GmbH & Co anzuwenden[3]. In Übereinstimmung mit der Literatur[4] hat der BGH den Grundsatz aufgestellt, daß §§ 3o, 31 GmbH-Gesetz eingreifen, wenn eine GmbH & Co aus ihrem Vermögen Zahlungen an einen Kommanditisten leistet, der zugleich GmbH-Gesellschafter ist, ohne daß er eine entsprechende

---

1) So Hunscha, GmbH Rundschau 73, 262.

2) BGH BB 73, 58o; zustimmend Hunscha, GmbH-Rundschau 73, 262, der darauf hinweist, daß, wenn durch überhöhte Auszahlung die wirtschaftliche Grundlage der KG zu schmal wird, um erfolgreich wirtschaften zu können, die analog § 154 Abs. 2 AktG notwendigen Berichtigungen und die analog § 152 Abs.2 AktG erforderlichen Rückstellungen zur Abdeckung des Risikos ihrer wirtschaftlichen Haftung zu einer Beeinträchtigung des Stammkapitals und damit zu einer mittelbaren Minderung führen können.

3) BGH BB 73, 85o.

4) Kuhn, 213 ff. Winkler NJW 69, 1oo9 ff.; Hunscha, GmbH-Rundschau 73, 257 ff.

Gegenleistung an die Gesellschaft erbracht hat.

Der BGH geht davon aus, daß nach dem Schutzzweck dieser Vorschriften darunter auch solche Zahlungen fallen, die mittelbar[1] das dem Stammkapital entsprechende Vermögen der GmbH mindern, da es keinen Unterschied ausmache, ob das Vermögen der GmbH durch unmittelbare Auszahlung der GmbH an ihre Gesellschafter oder mittelbar über ihre Beteiligung als Kommanditisten durch Auszahlung aus dem Gesamthandsvermögen der GmbH & Co geschmälert wird, wenn im Ergebnis das Vermögen der GmbH dem Stammkapitalnennwert nicht mehr entspricht. Mit Recht begründet Kuhn[2] die Anwendung der §§ 3o, 31 GmbH-Gesetz damit, daß nur auf diese Weise im Falle einer Beteiligung einer GmbH an der KG dem Schutzzweck und dem Sinngehalt dieser Vorschrift Rechnung getragen werden könnte. § 3o GmbH-Gesetz sei unterlaufen, wenn die GmbH-Gesellschafter verbotswidrige Zahlungen nur deshalb erhalten könnten, weil sie gleichzeitig auch Kommanditisten seien[3].

Demnach werden die aus dem KG Vermögen dem Kommanditisten, der gleichzeitig auch Gesellschafter der GmbH ist, gezahlten unentgeltlichen Zuwendungen als mittelbare Minderung des GmbH-Vermögens zu Gunsten der GmbH-Gesellschafter erfaßt. Als solcher unterliegen sie unmittelbar dem Auszahlungsverbot des § 3o Abs. 1 GmbH-Gesetz und können für die Gesellschafter eine Rückzahlungsverpflichtung gem. § 31 Abs. 1 GmbH-Gesetz begründen. Der gegen sie gerichtete Erstattungsan-

---

1) Diese Auslegung der §§ 3o, 31 GmbH-Gesetz ist h.M., vgl.Hueck, Anm. 1 und 2 b zu § 3o GmbH-Gesetz; Scholz, Rdn. 1-6 § 3o GmbH-Gesetz.

2) Kuhn, S.213 f.

3) Uhlenbruck, GmbH-Rundschau 71, 72.

spruch der GmbH wird entsprechend § 3o Abs. 1 GmbH-Gesetz der GmbH & Co zuerkannt, soweit die Auszahlung aus dem Gesamthandsvermögen der GmbH & Co stammt. Auf diese Weise wird einerseits gewährleistet, daß das Vermögen der GmbH den Gläubigern der KG, die gleichzeitig Gläubiger der GmbH sind, erhalten bleibt, andererseits bedeutet die Geltung der §§ 3o, 31 GmbH-Gesetz in der GmbH & Co, daß das Recht der Entnahmefreiheit der Kommanditisten, soweit sie gleichzeitig GmbH-Gesellschafter sind, in einer dem KG-Recht unbekannten Weise Grenzen setzt.
Im Hinblick auf die Berechnung der Zuwendungen an die Mitglieder über Mitgliedergeschäfte ergibt sich somit, daß diese bei Bildung einer gesellschafteridentischen GmbH & Co unmittelbar dem Ausschüttungsverbot der §§ 3o, 31 GmbH-Gesetz unterliegen, so daß die Gesellschafter trotz weiterhin uneingeschränkter genereller Regelungsbefugnis im Innenverhältnis in jedem einzelnen Fall durch Erstellung einer Zwischenbilanz prüfen müßten, ob eine Zuwendung an ein Gesellschafterunternehmen das Stammkapital der GmbH angreift. Dieses kann freilich verhindert werden, indem im Innenverhältnis zwischen den Kommanditisten vereinbart wird, daß die Entnahme im Einzelfall nicht zu Lasten des Kapitalkontos der GmbH geht. Durch Verlustübernahme der KG oder eines Kommanditisten im Innenverhältnis können, soweit wie erforderlich, Freistellungsansprüche in der Bilanz der GmbH aktiviert werden, um somit auch bei erhöhter Entnahme das Vermögen der GmbH in Höhe des Stammkapitals zu erhalten können. Dabei ist zu beachten, daß eine Passivierungspflicht nur in Höhe der die Überschuldung der KG bewirkenden Verbindlichkeiten besteht[1].

---

1) Uhlenbruck, GmbH-Rundschau 71, 72.

cc) Anwendung des § 3o Abs. 1 GmbH-Gesetz auf die nichtgesellschafteridentische GmbH & Co

Zweifelhaft ist jedoch, ob § 3o Abs. 1 GmbH-Gesetz auch auf die nichtgesellschafteridentische GmbH & Co Anwendung finden soll, wenn also die KG über Mitgliedergeschäfte Gewinne ausschüttet an solche Mitglieder, die nicht zugleich GmbH-Gesellschafter sind. Die Geltung des Ausschüttungsverbots bezieht sich nach der Entscheidung des BGH nur auf die gesellschafteridentische GmbH & Co. Allerdings gab der zugrundeliegende Fall auch keinen Anlaß, zu der Auszahlung an den "Nur"-Kommanditisten Stellung zu nehmen.

In der Literatur ist diese Frage nur teilweise behandelt worden. Schmidt[1] geht ohne ausdrückliche Begründung davon aus, daß die Anwendung der §§ 3o, 31 GmbH-Gesetz nur in einer gesellschafteridentischen GmbH & Co gerechtfertigt sei. Hunscha[2] kommt zu dem Ergebnis, daß diese Vorschriften auch bei Zahlungen der KG bzw. der GmbH selbst an die Kommanditisten, die nicht zugleich GmbH-Gesellschafter sind, analog anzuwenden sei, wenn dadurch mittelbar oder unmittelbar das Stammkapital der GmbH angetastet werde. Die Übernahme dieser Bestimmungen auf die KG hält er zum Schutz der Gläubiger für erforderlich, weil die GmbH & Co nach Einschaltung einer GmbH als Komplementärin haftungsrechtlich zu einer Kapitalgesellschaft geworden sei und daher auch so behandelt werden müsse. Hunscha geht von der These aus, daß die Gläubigerschutzbestimmungen der KG und der GmbH gleichwertig seien und deshalb auch ausgetauscht werden können.

---

1) Der Betrieb 73, 2227 f.

2) GmbH-Rundschau 73, 26o.

Da die GmbH & Co gekennzeichnet sei als Mischgesellschaft durch die Kombination von Organisationselementen der KG und der GmbH, sei dementsprechend auch eine Mischung der Gläubigerschutzprinzipien möglich. Wegen des unzureichenden Gläubigerschutzes, den das KG-Recht für die Gläubiger der GmbH & Co bietet[1], sei somit eine analoge Anwendung der GmbH-Prinzipien gerechtfertigt. Wenn die GmbH für die Verbindlichkeiten der KG hafte, sei es folgerichtig, daß sich die Verantwortung für die Erhaltung des Stammkapitals auch auf die Kommanditisten erstrecke. Da diese die Rechtsmacht zuerteilt werden könne, daß die GmbH ihnen Vermögenswerte zuwende, die das Stammkapital antasten, solle im Interesse des Gläubigerschutzes das Auszahlungsverbot auch die Kommanditisten als solche erfassen.

Die Anwendung der GmbH Vorschriften auf das Verhältnis der KG zu ihren Gesellschaftern stellt jedoch eine dem KG-Recht fremde Einschränkung der gesellschaftsrechtlichen Befugnisse der Kommanditisten über ihr Vermögen dar und bedeutet, daß die GmbH & Co bezüglich Kapitalaufbringung so wie Kapitalerhaltung und haftungsrechtlich wesensmäßig eine Kapitalgesellschaft im Sinne einer GmbH darstellt. Dogmatisch bestünden keine Bedenken vorhandene Gesetzeslücken bei dieser gesetzlich nicht geregelten Gesellschaftsform durch analoge Anwen-

---

1) Er geht davon aus, daß das System des Gläubigerschutzes in der normalen KG "gleichsam von selbst funktioniere", da die unbeschränkte Haftung einer natürlichen Person gegenüber übertriebenen Kapitalwünschen der Kommanditisten eine natürliche Bremsfunktion entfalte. Diese sei aber bei einer GmbH als Komplementärin nicht gegeben, da deren Leistungsorgane nicht der Gefahr der Inanspruchnahme ihres Privatvermögens unterliegen.

dung spezifischer Normen des GmbH-Rechts auszufüllen[1]. Hinsichtlich der Entnahmebefugnis bei der GmbH & Co liegt aber eine Gesetzeslücke angesichts der eindeutigen gesetzlichen Regelungen in den §§ 169, 172 HGB nicht vor. Wiethölter hält daher die Übertragung der GmbH-Vorschriften bei Kapitalerhaltung und Kapitalaufbringung auf die GmbH & Co für nicht richtig, da die GmbH & Co eben keine GmbH sei. Außerdem habe sich die Kapitaltechnik der KG als nützlich erwiesen, sie schneide in der Insolvenzstatistik nicht schlechter ab.[2]

Die von Hunscha vorgebrachte Überlegung, der Gläubigerschutz der KG sei für die GmbH & Co u.a. auch wegen des fehlenden Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung nicht ausreichend, ist weitgehend identisch mit der in der Literatur bekannten Argumentation gegen die Zulässigkeit der GmbH & Co. Mit der Übertragung der Gläubigerschutz und Kapitalerhaltungsvorschriften der GmbH wird letztlich wieder die GmbH & Co als Personengesellschaft in Frage gestellt[3]. Die GmbH & Co ist aber handelsrechtlich und steuerrechtlich als Personengesellschaft anerkannt. Wollte man die Analogie zulassen, bedeutet dies im Ergebnis, daß im Prinzip eine GmbH als phG einer KG als unzulässig abzulehnen sei, eine Meinung, die die Zulässigkeit der GmbH & Co überhaupt bestreitet, aber, wie bereits erwähnt, überholt ist.

---

1) Hofmann, NJW 66, 1941 ff.; Mertens, GmbH-Rundschau 67, 45 ff.

2) Wiethölter, S. 48.

3) Für eine Übertragung des GmbH-Rechts bezüglich der Gläubigerschutzbestimmungen: Wiedemann, S. 6o f.; Knur, GmbH-Reform 7o, 171 f.; ähnlich Kuhn, S. 2o4. ff.

Grundsätzlich kommen daher im Verhältnis der GmbH & Co zu ihren Gesellschaftern im Prinzip nur KG-Vorschriften zur Anwendung. Bei Rückzahlungen sind GmbH-Vorschriften nur insoweit gültig, wie es sich um Zuwendungen an GmbH-Gesellschafter handelt. Nach dem Grundsatz des BGH kann allerdings die GmbH & Co den der GmbH gem. § 31 GmbH-Gesetz zustehenden Rückzahlungsanspruch geltend machen, um auf diese Weise über die Rückerstattung an die Gesamthand den Zustand wiederherzustellen, wie er ursprünglich war, weil es den Gesellschaftern der KG wegen gleichzeitiger Gefährdung der KG (Konkursantrag nicht gem. § 64 Abs. 2 GmbH-Gesetz) nicht gleichgültig sein kann, wenn die GmbH-Gesellschafter, auch wenn sie gleichzeitig Kommanditisten sind, verbotswidrige Zuwendungen aus dem Gesamthandsvermögen erhalten[1]. Damit wird zwar § 30 in der GmbH & Co angewendet, aber nur insoweit, wie es sich um das Verhältnis der GmbH zu ihren Gesellschaftern handelt.
Es ist aber zweifelhaft, ob aufgrund dieses Urteils nunmehr eine andere Beurteilung, nämlich nicht die Behandlung der KG nach KG-Recht und der GmbH nach GmbH-Recht, sondern die Übertragung der GmbH-Vorschriften für die Regelung der Entnahmen im Verhältnis der KG zu "Nur-Kommanditisten", zu erwarten ist. Eine analoge Anwendung ließe sich allenfalls dann rechtfertigen, wenn die Interessenlage in der GmbH & Co eine Anwendung des GmbH-Rechts verlange, die Gläubiger der KG infolge der Einschaltung einer GmbH als Komplementärin im Hinblick auf die Entnahmemög-

1) BGH BB 73, 850.

lichkeit einen stärkeren Schutz verdienten als bei einer normalen KG.
Das wäre der Fall, wenn durch die unentgeltliche Zuwendung der GmbH & Co an die Mitglieder, die nicht der Komplementär-GmbH angehören, die Gläubiger der GmbH & Co einer erheblich größeren Gefährdung ausgesetzt wären, als in einer normalen KG. Unabhängig davon, ob eine GmbH oder eine natürliche Person phG ist, haften die Kommanditisten immer nur in Höhe ihrer Haftsumme. Auch im Falle überhöhter Entnahmen lebt nur die Haftung gem. § 172 Abs. 4, § 171 Abs. 1 S. 2 HGB bis zu dieser Höhe wieder auf. Diese Regelung ist unabhängig davon, ob der phG der KG selbst vermögenslos ist. Die Einsetzung eines vermögenslosen phG ist, wenn nicht Schädigungsabsichten vorliegen, zulässig. Die Einsetzung einer GmbH als Komplementärin bietet dagegen zunächst immer noch ein Garantiekapital, so daß die Gläubiger der GmbH & Co selbst bei Aufzehrung des Stammkapitals zumindest nicht schlechter stehen als bei einer normalen KG. Ist aber bei einer unentgeltlichen Zuwendung an die Kommanditisten, die nicht der GmbH angehören, keine in der Einschaltung der GmbH als phG begründete Benachteiligung der Gläubiger zu sehen, ist es auch nicht notwendig, der KG besondere Sicherungsmaßnahmen bezüglich des Stammkapitals ihres persönlich haftenden Gesellschafters aufzuerlegen.
Eine über den Rahmen des normalen Risikos hinausgehende Gefahr der Entziehung des Haftkapitals besteht in der GmbH & Co aber dann, wenn die KG aus ihrem Vermögen Zuwendungen an die GmbH oder deren Gesellschafter leistet[1]. In beiden Fällen

---

1) Die Zuwendung an die GmbH ist für die Gläubiger unschädlich, da die GmbH unbeschränkt haftet.

greift § 172 Abs. 4 HGB nicht ein, da es sich nicht um die Rückzahlung an Kommanditisten handelt. Allein diese Lücke kann nach dem Grundsatz des BGH durch Anwendung der GmbH-Vorschriften ausgefüllt werden. Geschieht diese Zuwendung über die GmbH, kommt ohnehin § 3o GmbH-Gesetz zur Anwendung. Erfolgt die Zahlung direkt an die GmbH-Gesellschafter, so wird nach den Ausführungen des BGH hier § 3o GmbH-Gesetz unmittelbar anzuwenden sein, auch wenn es sich um Gesellschafter handelt, die nur der GmbH angehören. Nach der zugrundeliegenden Überlegung des BGH stellen sich solche Vermögensverschiebungen als Zuwendungen dar, die mittelbar das Stammkapital der GmbH angreifen und daher gem. § 31 GmbH-Gesetz von den GmbH-Gesellschaftern zurückgeführt werden müssen, soweit das Vermögen der GmbH ihrem Stammkapital entspricht.

Im übrigen ist die Interessenlage der KG-Mitglieder eine andere, wenn die GmbH & Co Zuwendungen an Nur-Kommanditisten gestattet, da die Stellung dieser Nur-Kommanditisten in einer GmbH & Co gerade dadurch gekennzeichnet ist, daß sie eben nicht Gesellschafter der Komplementär-GmbH - in der Regel auch nicht an der Geschäftsführung und Vertretung - beteiligt sind. Sind die GmbH-Gesellschafter nicht gleichzeitig Kommanditisten, entfaltet sich aus der Position der GmbH als phG heraus - ähnlich wie bei einer fremden natürlichen Person als phG - ein im Wesen der unterschiedlichen Funktionen liegender Interessengegensatz, wie er bei einer GmbH & Co mit Personenidentität naturgemäß nicht entsteht.

Die Stellung des Kommanditisten in der nichtidentischen GmbH & Co entspricht daher eher der eines Kommanditisten einer normalen KG.

Als Nur-Kommanditist kommt ihm auch nicht mehr oder weniger Rechtsmacht zu wie dem Kommanditisten einer normalen KG. Dementsprechend besteht auch kein Anlaß, seine Haftung bzw. Rückzahlungsverpflichtung bei überhöhten Zuwendungen anders zu beurteilen.
Es ist zwar nicht zu leugnen, daß auch Zuwendungen an Nur-Kommanditisten ebenso wie in einer gesellschafteridentischen GmbH & Co das Stammkapital der GmbH gefährden können. Da aber eine analoge Anwendung der GmbH-Vorschriften bei der Zuwendung an Nur-Kommanditisten weder aus Gläubigerinteressen noch aus vergleichbarer Interessenlage im Verhältnis zur identischen GmbH & Co angebracht ist, könnte die infolge der gesellschaftsrechtlichen Verknüpfung bestehende Gefährdung der GmbH allenfalls dann eine Übertragung des Kapitalerhaltungsgrundsatzes der GmbH auf die nicht identische GmbH & Co als vertretbar erscheinen lassen, wenn diesem Grundsatz so überragende Bedeutung zuzumessen wäre, daß der unmittelbare oder zumindest der mittelbare Anwendungsbereich des § 30 GmbH-Gesetz auch kapitalmindernde Zuwendungen an Gesellschaftsfremde erfaßte. Eine solche weitgehende Auslegung dieses Prinzips wird aber durch § 30 GmbH-Gesetz nicht bewirkt. Zwar entspricht es Rechtsprechung und herrschender Meinung, den Kapitalschutz soweit auszulegen, daß er auch mittelbare Beeinträchtigungen des Stammkapitals erfaßt. Von dieser Überlegung ausgehend sind die GmbH-Gesellschafter erstattungsfähig für Zuwendungen, die sie über ihre Beteiligung als Kommanditisten empfangen. Damit sind die Gläubiger der GmbH davor geschützt, daß die Gesellschafter sich nicht auf Kosten des Garantiekapitals bereichern. Das persönliche Einstehen der Geselschafter für das Haftkapital erweist sich als Äquivalent für ihre

"beschränkte"Haftung und kann sich daher nur auf sie persönlich beziehen.
Ein Schutz der Gläubiger kommt insoweit nicht in Betracht, als die GmbH Beteiligungen und geschäftliche Risiken eingeht, die letztlich auch zu einer Vermögensminderung oder zur Überschuldung und zu Konkurs führen können. Gegen solche Leistungen an Dritte ohne entsprechende Gegenleistung sind weder die Gläubiger der KG noch die der GmbH geschützt. In diesem Sinne vergleichbar ist auch die Beteiligung der GmbH an einer KG als Komplementärin. Auch wenn das Vermögen beider Gesellschaften gesamthänderisch verbunden werden kann, so teilt sich die GmbH & Co rechtlich in zwei Gesellschaften, die - insbesondere bei der nichtgesellschafteridentischen GmbH & Co - ein Eigenleben führen. Wenn die durch die Zugehörigkeit verbundenen Verpflichtungen im einzelnen durch wirtschaftlich nicht vertretbare Entnahmen der Kommanditisten sich als Beeinträchtigungen des Stammkapitals konkretisieren, so sind die Gläubiger mittelbar insoweit geschützt, als sie die Rechtshandlungen durch Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz bzw. gem. §§ 29 ff. KO rückgängig machen können[1]. Im übrigen beurteilt sich die Frage gesellschaftsschädigender und rigeroser mit Nachteilsabsicht zu Lasten der Gläubiger erfolgter Zuwendungen an die Mitglieder nach den Grundsätzen der Unterkapitalisierung bzw. der Durchgriffshaftung.

---

1) Vgl. auch Wiethölter, S. 48; Winkler NJW 69, 1o12,verweist auf §§ 117, 138, 826 BGB.

e) Begrenzung durch insolvenzrechtliche Vorschriften.

Neben der Berücksichtigung des Stammkapitals der GmbH sind bei der Regelung des Umfangs der Mitgliedsgeschäfte insolvenzrechtliche Vorschriften zu beachten, da die Weitergabe der Erübrigungen der GmbH & Co an ihre Mitglieder zur Überschuldung der KG und der GmbH führen kann. Während bei der KG gem. § 209 Abs. 1 S. 1 KO im Falle der Zahlungsunfähigkeit über das Gesellschaftsvermögen ein selbständiges Konkursverfahren stattfindet, ist bei der GmbH laut § 63 Abs. 1 GmbH-Gesetz neben der Zahlungsunfähigkeit auch die Überschuldung des Gesellschaftsvermögens Konkursgrund. Dementsprechend ist der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gem. § 64 Abs. 1 GmbH-Gesetz schon bei Überschuldung verpflichtet, Konkursantrag zu stellen.

Überhöhte Zuwendungen an die Beteiligten aus dem Gesamthandsvermögen der GmbH & Co können bilanzmäßig eine Überschuldung der GmbH verursachen[1] und damit den Konkursgrund auslösen. Infolge § 131 Ziff. 5 HGB kann der Konkurs über das Vermögen der GmbH zur Auflösung der GmbH & Co führen (die Rechtsfolge ist unabhängig davon, ob es sich um eine gesellschafteridentische GmbH & Co handelt oder nicht).

Die Einschaltung der GmbH als Komplementärin zieht somit auch für die Kommanditisten die tatsächliche Folge nach sich, daß diese bei der Ausübung ihrer durch das KG-Recht gedeckten Ausschüttungsbefugnisse die schärferen Insolvenzvorschriften des GmbH-Rechts berücksichtigen müssen, um das Kopperationsunternehmen nicht durch Konkurs ihrer Komplementär-GmbH zu gefährden. Aus

---

1) Veismann BB 71, 940.

dem Gedanken der Rechts- und Haftungseinheit wird daher vereinzelt in der Literatur die Meinung vertreten, daß in entsprechender Anwendung von § 63 Abs. 1 GmbH-Gesetz auch bei der KG die Überschuldung ihres Vermögens als Konkursgrund anzusehen sei und entsprechend § 64 Abs. 1 GmbH-Gesetz eine Antragspflicht des Geschäftsführers der GmbH & Co bestünde[1].

Mit Recht wird jedoch von der überwiegenden Ansicht die analoge Anwendung dieser GmbH-Vorschrift auf die GmbH & Co abgelehnt, da eine Gesetzeslücke hinsichtlich des Konkursgrundes bei der GmbH & Co angesichts der eindeutigen Regelung in § 209 KO nicht vorliege, vielmehr die Respektierung der zwingenden Konkursbestimmungen der GmbH ausreichend seien, um den Gläubigerschutz zu bewältigen[2]. Bei Verletzung der Geschäftsführerpflichten können die GmbH-Geschäftsführer auch den Gläubigern der KG unbeschränkt dafür haftbar gemacht werden, daß diese durch evtl. Verspätung der Beantragung des Vergleichs oder Konkursverfahrens ein Schaden entstanden ist. Darüber hinaus würde die generelle Anwendung bedeuten, daß mit der Überschuldung der KG ein Konkursgrund vorläge, obwohl die GmbH auch außerhalb der KG Vermögen besitzen könnte, welches den Gläubigern über § 128 HGB einen ausreichenden Schutz bieten könnte[3].

---

1) Jäger-Weber, § 209, 210 Anm. 10.

2) Hesselmann, GmbH-Rundschau 64, 51; Winkler NJW 69, 1014; Uhlenbruck GmbH-Rundschau 71, 70; Weismann BB 71, 940; Pröbsting DB 70, 2428.

3) Vgl. Winkler NJW 69, 1014.

Ob bereits generell die Überschuldung der KG eine Überschuldung der GmbH bewirkt und damit die Konkursantragspflicht über das Vermögen der GmbH auslöst, kann nicht pauschal beantwortet werden und hängt insbesondere davon ab, ob die GmbH ihr gesamtes Vermögen in die KG eingebracht hat, ob sie noch anderweitiges Eigenvermögen hat oder ob sie gar nicht bei der KG kapitalmäßig beteiligt ist[1]. Die Kooperationspartner werden daher bei der Beschlußfassung über die Höhe der Zuwendungen, z.B. der Preisgestaltung bei Mitgliedergeschäften im Einzelfall nach betriebswirtschaftlichen und bilanzrechtlichen Gesichtspunkten prüfen müssen, ob sie zu Rückstellungen oder Berichtigungen, zur Passivierung von KG-Verbindlichkeiten verpflichtet sind,um eine Überschuldung des GmbH-Vermögens zu vermeiden. Im Innenverhältnis besteht für die Kopperationspartner nach wie vor die Möglichkeit, von vornherein durch bilanzmäßige Aktivierung von Freistellungsansprüchen der GmbH, durch Bürgschaften oder Haftungsübernahme

---

1) Franzheim BB 7o, 1675, vertritt die Ansicht, aus dem Gedanken der Rechts- und Haftungseinheit der GmbH & Co KG sei immer die volle Schuldenlast der KG bei der GmbH zu passivieren, so daß jegliche Überschuldung der KG Konkursgrund für die GmbH sei, wenn diese ihr gesamtes Vermögen in die KG eingebracht habe. A.A. Pröbsting, DB 7o, 2428 und Uhlenbruck GmbH-Rundschau 71, 72, die eine Passivierungspflicht nur in Höhe des die Überschuldung ausmachenden Teils der Verbindlichkeiten anerkennen. Im übigen sei die Überschuldung immer von Fall zu Fall zu prüfen und nicht nur nach starren betriebswirtschaftlichen oder juristischen Begriffen zu beurteilen, sondern im einzelnen habe eine Gesamtbewertung der wirtschaftlichen Situation zu erfolgen.

einzelner Kommanditisten oder der KG den Eintritt der Überschuldung bei der GmbH zu verhindern.

Als Ergebnis kann festgestellt werden, daß bei der Gestaltung des Kooperationsunternehmens in Form der GmbH & Co den Kooperationspartnern die Flexibilität des Entnahmerechts der KG weitgehend eine unmittelbare Förderung der Beteiligten ermöglicht, diese aber durch die Einschaltung der GmbH als Komplementärin in Folge ihrer strengen insolvenzrechtlichen Vorschriften und des Prinzips der Erhaltung des Stammkapitals gem. § 3o GmbH-Gesetz insoweit eine Einschränkung erfährt, als darauf geachtet werden muß, daß eine ausreichende Kapitaldecke vorhanden bleibt, um eine Überschuldung der GmbH und eine Rückzahlungsverpflichtung der Gesellschafter entsprechend § 31 GmbH-Gesetz zu vermeiden. Im Einzelfall können die Entnahmebefugnisse der Gesellschafter erweitert werden durch gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen im Innenverhältnis, z.B. durch stärkere Kapitalausstattung der GmbH oder durch entsprechende Haftungsübernahme seitens der KG oder einzelner Kommanditisten[1].

4. Die Förderung im Verhältnis zu § 1 GWB

Die zum Zweck der Förderung notwendige tatsächliche Anpassung der Beteiligten, die Einhaltung bestimmter Regel- und Verhaltungsweisen, insbesondere die mit der Abwicklung der Mitgliedergeschäfte zusammenhängenden Andienungs- und Bezugspflichten (Kooperationspflichten) sind Ver-

---

1) Vgl. Klammroth, BB 72, 428 mit einer ausführlichen Darstellung über insolvenzrechtliche Probleme in der GmbH & Co KG.

haltensweisen mit Wettbewerbsverbotscharakter, teilweise ausdrücklich Wettbewerbsverbot i.S. von §§ 112, 165 HGB. Die Vereinbarung solcher in der Unternehmensbezogenheit der Mitgliederstellung und dem Förderungszweck begründeter Pflichten könnte eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung i.S. von § 1 GWB darstellen.
Danach sind solche Verträge unter den Beteiligten unwirksam, die geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen, soweit es sich nicht um genehmigungsfähige Kartelle handelt (z.B. §§ 4, 5 GWB). Nach herrschender Meinung handelt es sich nur dann um eine wettbewerbsrelevante Einschränkung der Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen, wenn diese Einschränkung Inhalt eines Vertrages ist[1]. Diese als Gegenstandstheorie bezeichnete Auslegung wird auch in der Praxis vom Bundeskartellamt vertreten[2)3)]. Eine lediglich faktisch ein-

---

1) Hefermehl GRUR 66, 653; Baumbach-Hefermehl § 1 GWB, Anm. 28; Frankfurter-Kommentar § 1 Teilziff. 26; Müller-Henneberg in: Gemeinschaftskommentar § 1, Anm. 31; Kleim, S. 46.

2) Bundeskartellamt, Tätigkeitsberichte 1961, S. 53; 1963, S. 19 in: Benisch, Kooperationsfibel Abschnitt 4.6.

3) Müller-Henneberg in: Gemeinschaftskommentar § 1, Anm. 44; Hefermehl, GRUR 66, 653. Ob das Gemeinschaftsunternehmen der Fusionskontrolle unterliegt, richtet sich nach §§ 23 ff. GWB, ist aber keine Frage der Rechtsform.

tretende Wettbewerbsbeschränkung erfüllt den Tatbestand des § 1 GWB nicht[1]. § 1 GWB erfaßt auch nicht die vertraglich vereinbarte Ein - schränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Kooperationsunternehmens gegenüber den Mitgliedern, da durch das Kartellverbot allein verhindert werden soll, daß mehrere Unternehmen ihr wettbewerbsrelevantes Verhalten kollektiv beschränken, nicht aber, daß ein Unternehmen sich aus eigener Entschließung in seiner Betätigungsfreiheit einengt[2].

Die Gesellschafter können entweder mittelbar durch die Ausübung gesellschaftsrechtlicher Weisungsrechte Einfluß nehmen oder die Geschäftspolitik bestimmen. Die Beschränkung kann auch durch entsprechende Festlegung des Unternehmensgegenstandes, der Begrenzung des Aufgabengebietes usw. geschehen.

§ 1 GWB kommt erst in Betracht, wenn die Beteiligten vertragliche Verpflichtungen eingehen, die die Freiheit wettbewerbsrelevanten Verhaltens der Mitglieder zueinander und gegenüber den Kooperationsunternehmen einschränkt. Da die Einhaltung wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens für die Mitglieder einer GmbH & Co gleichzeitig Ausdruck der Erfüllung des Kooperationszwecks und einer mitgliedschaftlichen Verpflichtung i.S. von §§ 112, 165 HGB sein kann, stellt sich für die Beurteilung solcher Verpflichtungen die Frage nach dem Verhältnis zu § 1 GWB.

---

1) Gemeinsame Verkaufs- oder Einkaufsgemeinschaften können ohne Begründung einer Benutzungsverpflichtung wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben.

2) Hefermehl, GRUR 66, 654.

a) Das Konkurrenzverhältnis zwischen § 1 GWB und §§ 112, 165 HGB

Das Konkurrenzverhältnis ist zwar dogmatisch noch unklar; im Ergebnis fallen jedoch nach herrschender Meinung Wettbewerbsbeschränkungen nicht unter § 1 GWB, soweit sie gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverboten entsprechen.[1] Der BGH[2] hat zu dieser Frage Stellung genommen ohne allerdings eine endgültige Klärung dieser Fragen herbeizuführen, weil der zu beurteilende Sachverhalt dazu keine Veranlassung gab, die Entscheidung vielmehr auf die Besonderheiten des Einzelfalles abgestellt wurden. Dennoch lassen die Entscheidungsgründe erkennen, aufgrund welcher Kriterien die Abgrenzung zu erfolgen hat. Der BGH stellt klar, daß das weitgefaßte Kartellverbot des § 1 GWB das gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbot tatbestandlich erfassen kann, wenn die Beteiligung des betreffenden Gesellschafters lediglich kapitalistisch ist. In diesem Fall ist nach der Entscheidung das gesellschaftsrechtliche Treuegebot eingeschränkt, soweit die Untersagung des Wettbewerbs zur gesellschaftstreuen Pflichtenerfüllung nicht erforderlich ist.

Nach herrschender Meinung wird das gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbot durch § 1 GWB tatbestandlich nicht erfaßt, weil mit dem Gebot der

---

1) Hueck, Gesellschaftsrecht § 15 V und § 19 V 2; Hefermehl GRUR 66, 657; Benisch, Kooperationsfibel, S. 23o; 231; Weipert in: RGRK zum HGB, Anm. 2 § 165; Schlegelberger-Geßler, Anm. 2 zu § 165 HGB; Knur, DNotZ 63, 643; Ganßmüller DB 64, 431; Magen, BB 63, 333; Frankfurter Kommentar zum GWB § 1 Anm. 14; Rasch § 1, Anm. 6; Müller-Henneberg in: Gemeinschaftskommentar § 1, Anm. 59; a.A. Lutz NJW 6o, 1833; 1835; Quantz, Wettbewerbsbeschränkungen in Gesellschaftsverträgen, Diss. Göttingen 1963.

2) BGHZ 38, 3o6-316.

Gesellschaftstreue und dem Kartellverbot Normen mit verschiedenen Zwecken und Wirkungsbereichen gegenüberstehen. Da die eine der Förderung des Gesellschaftszwecks und die andere der Erhaltung der Wettbewerbswirtschaft dient, kann das GWB, das wettbewerbsfähige Unternehmensformen voraussetzt, nicht das Gebot der Gesellschaftstreue aussch-ließen oder verdrängen, das gerade der Förderung solcher Unternehmen dient[1]. Stellt man mit der letzteren Begründung auf den Wirkungsbereich der beiden Normen ab, dann werden die in dem Gebot der Gesellschaftstreue begründeten Wettbewerbsverbote, soweit sie der Erhaltung und Förderung des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens dienen, zwar tatbestandlich nicht von § 1 GWB erfaßt. Bei der Beurteilung der Abgrenzung kommt es - wie bereits in der BGH-Entscheidung angedeutet - darauf an, inwieweit die Untersagung des Wettbewerbs die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht konkretisiert.
Im Anschluß an die BGH-Entscheidung geht die überwiegende Meinung davon aus, daß § 1 GWB dann nicht eingreift, wenn das Gesellschaftsverhältnis personalistisch ausgestaltet ist und die Mitglieder der Verpflichtung zur gesellschaftstreuen Mitarbeit unterliegen. Ist der gesetzliche Regelfall der Haftungs- und Arbeitsgemeinschaft in der

---

1) Schilling, § 165 A 6, 7 m.w.Nachw.; Ballerstedt in Festschrift für Franz Böhm 1965, S. 179, 196-198; Fischer-Ulmer, § 112 HGB Anm. 14-17; Gleiss-Hootz, NJW 63, 1339 sieht § 112 HGB als zulässige Wettbewerbsbeschränkung an, die es gewährleistet, daß der Wettbewerb sich lauter vollzieht; Würdinger, WuW 69, 143-148 vertritt die Ansicht, § 112 dürfe nicht als Wettbewerbsverbot verstanden werden, so daß es von vornherein nicht zu einem Konflikt zwischen § 1 GWB und § 112 HGB kommen könne; ähnlich Gärtner BB 7o, 946 f.

OHG verwirklicht, ist gem. § 112, § 113 HGB für eine unternehmerische Tätigkeit des Gesellschafters als Einzelunternehmen kein Raum mehr. Diese Beurteilung trifft auch für geschäftsführende Gesellschafter einer KG zu, ist aber nicht allein an die Stellung als phG geknüpft[1]. Der BGH legt dar, es sei für die Abgrenzungsfrage nicht entscheidend, daß das Wettbewerbsverbot gesetzlich vorgesehen sei. Vielmehr stellen sich gesetzliche Wettbewerbsverbote lediglich als Einzelfälle dar, in denen der allgemeine Grundsatz der Treuepflicht der Gesellschafter zum Ausdruck komme[2]. Auch die gesetzlich vorgesehene Rechtsstellung als Kommanditist begründet ein auf persönlicher Bindung beruhendes Vertrauensverhältnis. Der Kommanditist haftet nach dem Gesetz beschränkt aber persönlich, ist Gesamthänder am Gesellschaftsvermögen, handelt bei außergewöhnlichen Geschäften mit. Infolge dieser gesetzlich vorgehenen Mitwirkung hat er Einblick in die Geschäftspolitik, so daß allein aus dieser gesetzlich vorgezeichneten Rechtsstellung ein Wettbewerb des Kommanditisten ohne Einwilligung der Gesellschafter in der Regel als mit dem gesellschaftsrechtlichen Vertrauensverhältnis nicht vereinbar anzusehen ist[3]. Zumindest ergibt sich diese Verpflichtung,

---

1) Knur, DNotZ 63, 643; Magen BB 63, 333 f.; Gleiss-Hootz NJW 63, 1339.

2) Folglich ist anerkannt, daß eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht sich auch bei gesetzlich nicht geregelten Fällen aus dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages herleiten könne, selbst wenn es dort nicht manifestiert sei; vgl. Magen BB 63, 334.

3) Schilling, HGB § 165, Anm. 3, 4.

wenn der Kommanditist nach dem Inhalt des Vertrages zu weiterer als nur gesetzlicher Mitwirkung in der Haftungs- und Arbeitsgemeinschaft, z.B. zur Mitarbeit, zur Geschäftsführungstätigkeit usw. angehalten ist. Die herrschende Meinung sieht daher auch in diesen Fällen für Kommanditisten die Anordnung eines Wettbewerbsverbots für kartellrechtlich unbedenklich an, weil eine gesellschaftstreue Mitarbeit des betreffenden Gesellschafters unter diesen Umständen gefährdet und das Verbot für die Sicherung und Erhaltung des Unternehmens erforderlich sei[1].

Die zulässige Reichweite des Wettbewerbsverbots richtet sich nach dem sachlichen Bereich des Unternehmens und nach dessen schutzwürdigen Belangen[2]. § 1 GWB greift ein, soweit Beschränkungen auferlegt werden, die in den gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen nicht mehr ihre rechtlichen Grundlagen finden und sich unter dem Deckmantel des gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbots mißbräuchlich als Umgehung des § 1 GWB erweisen. In diesem Fall ist das gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbot unwirksam [3]. Bei

1) Schilling, § 165, Anm. 7; Fischer-Ulmer Anm. 16 u. 17 zu § 112 HGB; Magen BB 63, 333 ff.Benisch, Kooperationsfibel, S.23o,231; mit Rücksicht auf die Erwägungen des BGH 38, 3o6, 316 hat das Bundeskartellamt inzwischen auf das Wettbewerbsverbot von Kommanditisten, die in dem betreffenden Fall nicht nur kommanditistisch beteiligt waren, sondern die Geschäftsführung eines Taschenbuchs-Verlags mitbestimmen, für unbedenklich erklärt, Tätigkeitsbericht 63, S.57 in: Kooperationsfibel S. 232.

2) Schilling, § 165 7; Geßler-Hefermehl § 112, Anm. 1; Benisch, Kooperationsfibel, S. 232, zeigt anhand einiger Beispiele die Notwendigkeit von zulässigen Beschränkungen: Zulässigkeit des Verbots, wenn Gefahr besteht, daß die Beteiligten infolge ihrer Informationsmöglichkeit die Gesellschaft bei konkurrierender Tätigkeit schädigen könnten.

3) Fischer-Ulmer Anm. 17zu § 112 HGB.

lediglich kapitalistischer Beteiligung des Gesellschafters ist in der Regel kein Wettbewerbsverbot für die Sicherung und Erhaltung des Unternehmens erforderlich, weil mangels Mitarbeit, Einsicht und Einflußnahme auf die Unternehmensleitung die Konkurrenztätigkeit des Gesellschafters keine Gefahr für das Unternehmen hervorruft, die in dem mitgliedschaftlichen Verhältnis begründet ist.
Grundlage für die in der Treuepflicht begründete Zuerkennung des Wettbewerbsverbots zu Lasten der Gesellschafter ist die Gefahr, daß als Ausfluß der mitgliedschaftlichen Stellung des konkurrierenden Gesellschafters das Vertrauensverhältnis unter den Beteiligten, der Bestand und die Erhaltung des Unternehmens gefährdet werde. Der Unterschied zwischen personalistischer und kapitalistischer Organisationsform oder die mitgliedschaftliche Stellung als Kommanditist oder phG braucht für die Beurteilung nicht immer allein maßgebend zu sein, hat allerdings Indizcharakter.

Ob sich das Konkurrenzverbot als Konkretisierung der Treuepflicht darstellt, bemißt sich somit danach, wieweit den Gesellschaftern infolge ihrer mitgliedschaftlichen Funktionen die Möglichkeit des Einflusses auf die Geschäftsführung, der Einsichtnahme in Betriebsgeheimnisse usw. offenstehen, die, wenn sie zur Kenntnis der Konkurrenz gelangen, sich für den Bestand des Unternehmens schädigend auswirken können, abgesehen davon, daß ein förderliches Zusammenarbeiten in der Gesellschaft gestört werden kann[1].

---

1) Hefermehl, GRUR 66, 658; Götz, JuS 63, 39o; Liebknecht-Gnauk BB 63, 1o74; Benisch, Kooperationsfibel, S. 233 m.w.Nachw.; Schilling, HGB § 165, Anm. 7.

b) Die Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens der Kooperationspartner

Die Zulässigkeit der Vereinbarung bestimmter Verkaufsgrundsätze, der Einhaltung bestimmter Grundsätze bei der Abwicklung von Mitgliedergeschäften usw. also der Auferlegung wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens der beteiligten Mitgliedsunternehmen zu Gunsten des Kooperationsunternehmens hängt davon ab, ob diese Maßnahmen noch dem gesellschaftsrechtlichen Treuegebot entsprechen. Dies beurteilt sich nach der Ausgestaltung der mitgliedschaftlichen Stellung der Mitgliedsunternehmen und den daraus resultierenden Rechten und Pflichten im Hinblick auf den mit der Gesellschaft verfolgten Kooperationszweck.

Steht das Verbot in Widerspruch zum Treuegedanken, kann § 1 GWB eingreifen, wenn im übrigen die weiteren Voraussetzungen vorliegen. Soweit die Mitgliedsunternehmen intensiver als kapitalmäßig beteiligt sind, die Unternehmensleitung beeinflussen oder an der Geschäftsführung teilnehmen, ist die Vereinbarung des Wettbewerbsverbots in der Regel zur Sicherung des Unternehmens und zur sachgerechten Unternehmensführung erforderlich. Ob es notwendig ist, wenn die Mitgliedsgesellschaften lediglich an der Komplementär-GmbH als Geschäftsführungs-GmbH beteiligt sind, die Geschäftsführung aber von angestellten Geschäftsführern übernommen ist, hängt davon ab, ob ihnen als Gesellschafter Weisungsrechte zustehen, ob sie Einfluß und Einblick in die Unternehmenspolitik haben. Auch wenn sie nur mittelbar über ihre Vertreter Einfluß ausüben können, ist es mit der mitgliedschaftlichen Bindung vereinbar, wenn ihnen die selbständige unternehmerische Tätigkeit auch im Sachgebiet des Kooperationsunternehmens verboten wird. Das ergibt sich daraus,

daß sie als Folge ihrer mitgliedschaftlichen Stellung, z.B. ihres Stimmrechts, die Möglichkeit gefährdender Einflußnahme besitzen. In diesem Fall ist in der Regel die Konkurrenztätigkeit gegen den Willen der anderen mit dem Treuegedanken unvereinbar, da es nicht entscheidend sein kann, ob sie persönlich ihre Weisungsrechte ausüben, oder dies in der Regel aus funktionellen und organisatorischen Erwägungen durch Bevollmächtigte oder durch weisungsgebundene Gremien durchführen lassen.

Diese Wertung kann man auch aus dem Gedanken der gesellschafteridentischen Beteiligung an der GmbH und der KG entnehmen. Die Gesellschafter bzw. die Mitgliedsunternehmen sind Mitglieder der geschäftsführenden GmbH. Als solche sind sie bzw. die GmbH für die Geschäftsführung der KG gegenüber der KG verantwortlich. Aus dieser Funktion unterliegen sie unmittelbar der Verpflichtung eines geschäftsführenden phG. Es stünde aber im Widerspruch zur gesellschaftstreuen Mitarbeit, wenn die Gesellschafter sich im Hinblick auf diese Funktion nicht das Wettbewerbsverbot auferlegen könnten.
Problematisch ist auch nicht die Vereinbarkeit des Wettbewerbsverbots bei nur kommanditistischer Beteiligung, wenn den Gesellschaftern in dieser Eigenschaft Weisungsbefugnisse und mehr als nur "kapitalistische Verpflichtungen"auferlegt sind.

Fraglich ist die Vereinbarkeit allerdings dann, wenn die Kooperationspartner lediglich kommanditischte Rechte haben, die Geschäftsführung allein der GmbH bzw. anderen Kooperationspartner obliegt. Stehen ihnen in dieser Eigenschaft als Kommanditisten die gesetzlich vorgesehenen Rechte zu, so wird ein Wettbewerbsverbot als mit § 1 GWB vereinbar angesehen, wenn dieses der Sicherung

und Förderung des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens dient und eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht konkretisiert.
Für die Beurteilung in einem Kooperationsunternehmen sind - vorbehaltlich bestehender Verpflichtungen und Rechte im Einzelfall - der Kooperationszweck und die damit verbundenen Pflichten zu berücksichtigen. Auch bei lediglich kommanditistischer Beteiligung erschöpft sich i.d.R. der Gesellschafterbeitrag gerade nicht in der Pflicht zur Kapitalanlage, die Mitgliedsstellung ist vielmehr unternehmensbezogen und verlangt die Ausgliederung und Übertragung von Unternehmensfunktionen aus den Einzelunternehmen auf das gemeinsame Unternehmen. Maßgeblicher Inhalt der gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung und notwendige Folge daraus ist die enge funktionale und organisatorische Verzahnung der Unternehmen. Die Ausgliederung von Unternehmensfunktionen erfordert zwar nicht notwendigerweise eine personelle Mitarbeit und die typisch personalistische Ausgestaltung des Vertrages, sondern kann sich lediglich in der Einbringung von Unternehmensteilen, Betrieben, Betriebsanlagen usw. erschöpfen.
Entscheidend ist aber, daß die Beteiligten mehr als nur einen abstrakten Kapitalbeitrag einbringen, der von jedem Dritten zur Verfügung gestellt werden könnte, sondern einen Gesellschafterbeitrag, der spezifisch auf die Funktion und Lebensfähigkeit des Kooperationsunternehmens abgestellt ist. Das Mitgliedschaftsverhältnis ist zwar nicht typisch personalistisch, aber auch nicht kapitalistisch, sondern auf die Position und Inhaberschaft eines Unternehmens oder einer unternehmerischen Funktion bezogen. Die Übertragung der Unternehmensfunktionen und die gemeinsame Aus-

übung sind wesentlicher Inhalt des gesellschaftsrechtlichen Rechtsverhältnisses und bedingt zur Realisierung des Unternehmenszweck den Verzicht eigener unternehmerischer Tätigkeit in dem ausgegliederten Bereich. Die Untersagung der Wettbewerbsbeschränkung, soweit Unternehmensfunktionen der gemeinsamen Ausübung aufgrund des Gesellschaftsvertrages unterliegen, ist nicht nur der Sicherung und Förderung des gemeinsamen Unternehmens dienlich, sondern notwendige Folge der gesellschaftsrechtlichen Beziehung - in der Regel sogar Voraussetzung für den gesellschaftsrechtlichen Zusammenschluß überhaupt. Die Gestattung unternehmerischer Konkurrenztätigkeit läuft in der Regel der Absicht der Beteiligten und dem Sinn des unternehmerischen Zusammenschlusses zu wider.
Darüber hinaus ist als Folge der organisatorischen und funktionalen Verzahnung der Gesellschafterunternehmen mit dem Kooperationsunternehmen die Gefahr der Unternehmensschädigung und die Bestandsgefährdung offensichtlich, wenn der Gesellschaft nicht die Möglichkeit offensteht, den Mitgliedern den Wettbewerb zu untersagen. Unabhängig von der persönlichen Mitarbeit und der formalen Stellung als Kommanditist oder phG kann allein als Folge der Ausgliederung und Übertragung der Unternehmensfunktion die Auferlegung eines Wettbewerbsverbots zu Lasten der Kooperationspartner eine gesellschaftsrechtliche Verpflichtung konkretisieren, die dem Treuegebot entspricht, weil sie im Interesse aller der Verwirklichung des Kooperationsverhältnisses dient.
Ein Wettbewerbsverbot als Folge der Ausgliederung einer Unternehmensfunktion läßt sich aus dem Gedanken der Unternehmensveräußerung herleiten. Im

Falle der Unternehmensveräußerung umfaßt das veräußerte Unternehmen in der Regel die gesamten Geschäftsbeziehungen, die Absatz- und Erwerbsquellen sowie die Beziehungen zur Kundschaft. Das weitere Betreiben eines gleichartigen Geschäftes nach der Unternehmensveräußerung durch den Veräußerer käme einer Nichterfüllung des Veräußerungsvertrages gleich, wenn der Veräußerer gerade die Beziehungen wieder für sich in Anspruch nimmt, die Gegenstand der Veräußerung waren und deren Ausnutzung dem Erwerber überlassen ist. Daher beinhaltet der Veräußerungsvertrag in der Regel ein Wettbewerbsverbot, das sich konkludent insbesondere dann ergibt, wenn der Veräußerer am Gewinn des Erwerbers beteiligt bleibt.[1)]

Die Vereinbarung besonderer Wettbewerbsverbote bei Unternehmensveräußerungen unterliegt den allgemeinen Vorschriften, §§ 138, 242 BGB[2)].

---

1) Würdinger RGRK-Kommentar HGB, Anm. 12 zu § 22, Anm. 11 zu § 22; Schlegelberger-Geßler, Anm. 21 zu § 22; RG 117, 18o.

2) Würdinger RGRK-Kommentar § 22, Anm. 13; Ob eine weitere unternehmerische Tätigkeit des Veräußerers eine Verletzung des überlassenen Tätigkeitsbereichs darstellt, erfordert eine Beurteilung im Einzelfall, begegnet aber oftmals praktischen Schwierigkeiten, wenn einzelne Bestandteile des überlassenen Unternehmens wie Wirkungsbreite, Standort usw. nicht konkret feststellbar sind. Nach RG 117, 118 gilt es als nicht zulässig, wenn der Veräußerer ein gleichartiges Unternehmen in unmittelbarer Nähe unter einer anderen Firma fortführt. Wird der "Kundenstock" mitveräußert und erhält der Erwerber hierfür Entgelt, wird i.d.R. ein stillschweigender Wettbewerbsverzicht angenommen, Schlegelberger-Geßler, Anm. 23 zu § 22 HGB.

Soweit sich die Wettbewerbsbeschränkung als Teil der Leistung des Veräußerers darstellt, wird diese Verpflichtung nicht durch § 1 GWB berührt[1].

Die Interessenlage bei einer Unter-nehmensveräußerung entspricht der im Falle der Bildung eines Kooperationsverhältnisses durch Ausgliederung und Übertragung von Unternehmensteilen oder Geschäftszweigen auf ein gemeinsames Unternehmen. Mit der Einbringung eines Unternehmensteils oder einer Unternehmensfunktion in das gemeinsame Unternehmen gegen den Erhalt einer kommanditistischen Beteiligung vollzieht sich praktisch eine teilweise Unternehmensveräußerung, die bezüglich der Pflichtenstellung des Veräußerers im Hinblick auf den übertragenen Teil genau so zu bewerten ist, wie eine Veräußerung des gesamten Unternehmens. Auch in diesem Fall kann es sich als wirtschaftlich sinnlos und als Vertragsverletzung erweisen, wenn der Veräußerer und nunmehr als Kommanditist Beteiligte zum Schaden der Gesellschaft weiter unternehmerisch in Bereichen des eingebrachten Unternehmensteil eigenständig tätig bleibt. Bringt ein Kooperationspartner einen Unternehmensteil einschließlich der dazu gehörigen geschäftlichen Beziehungen in die Gesellschaft ein und erhält dafür die Stellung eines Kommanditisten, so kann in diesem Rechtsgeschäft - ohne Berücksichtigung der Pflichten, die sich aus der mitgliedschaftlichen Stellung als Kommanditist ergeben - wie bei einer sonstigen Unternehmensveräußerung die stillschweigende Übernahme eines Wettbewerbsverbots liegen[2]. Soweit es auf den ausgegliederten

---

1) Frankfurter Kommentar zum GWB § 1 Anm. 28.

2) Würdinger RGRK HGB Anm. 11 zu § 22; Schilling, Anm. 2 zu § 165.

Unternehmensbereich beschränkt ist, ist es aus dem Gesichtspunkt der vertraglichen Unternehmensveräußerung zulässig und verstößt nicht gegen § 1 GWB. Zwar ist bei der Unternehmensveräußerung nur ein zeitlich begrenztes Wettbewerbsverbot zugelassen. Eine zeitliche Begrenzung kommt jedoch bei einer Teilveräußerung im Rahmen eines Kooperationsverhältnisses, solange dieses besteht, aufgrund der andersliegenden Interessenlage nicht in Betracht, da ein Wegfall des Wettbewerbsverbots den mit der Teilveräußerung verfolgten Kooperationszweck der Vertragspartner gefährdet.
Diese Wertung ergibt sich auch, wenn man den Zweck und den Wirkungsbereich des GWB mit dem verfolgten Kooperationszweck vergleicht. Das GWB verbietet die Wettbewerbsbeschränkungsvereinbarung zum Schutz des Wettbewerbs als Institution der bestehenden Wirtschaftsordnung. Die Kooperationspartner schaffen mit dem Kooperationsunternehmen jedoch eine neue Wettbewerbseinheit auf dem Markte, mit dessen Hilfe sie die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit der Mitgliedsunternehmen sichern wollen. Ebenso wie die Zwecksetzung des GWB wirkt die Kooperation Konzentrationsmaßnahmen entgegen, weil sie die Förderung bestehender und die Bildung weiterer wettbewerbsfähiger Unternehmen beinhaltet. Die Zielsetzung der Kooperation kann somit mit der des GWB identisch sein. Die Bildung einer Kooperation verletzt nicht unbedingt den Schutzbereich des § 1 GWB, ist vielmehr vom Zweck her schutzwürdig im Sinne des GWB (aus § 5 b GWB ist ausdrücklich die Tendenz des Gesetzgebers ersichtlich, Kooperationsbestrebungen zu erleichtern).
Wettbewerbsverbote zu Lasten der Kooperationspartner werden aber dann nicht von § 1 GWB erfaßt, wenn diese dem Zweck der Kooperation, d.h. dem des GWB, entsprechen. Das ist der Fall, soweit die Beschränkungen zu Lasten der Mitglieder die Wettbewerbsfähigkeit und den im Sinne des GWB schutzwürdigen Bestand des Kooperationsverhältnisses, - damit die Wettbewerbsfähigkeit der Mitgliedsunternehmen selbst - fördern.

III. Verwirklichung der Förderung durch interessengerechte Geschäftsführung

Die praktische Durchführbarkeit der Zusammenarbeit mit dem Ziel der Förderung der Beteiligten hängt maßgeblich ab von einer funktionsfähigen Geschäftsführung, die in der Lage ist, die typischen Schwierigkeiten eines reibungslosen Ablaufs der wechselseitigen Anpassung und betrieblichen Verzahnung zu berücksichtigen.

Wesentlich ist daher eine Unternehmensleitung, die einerseits Kontinuität und Neutralität und andererseits Einflußnahme der Mitglieder zuläßt.

1. Kontinuität und Neutralität

Die Kontinuität der Geschäftsführung ist von besonderer Wichtigkeit, da jegliche Unterbrechungen der Unternehmensleitung zu wirtschaftlichen Folgen in beteiligten Unternehmen führen kann; insbesondere können dadurch in einem Kooperationsverhältnis Kompetenzstreitigkeiten und Komplikationen mit den Unternehmensleitungen der Mitgliedsunternehmen entstehen. Ist z.B. das Kooperationsunternehmen als reine KG gestaltet und scheidet der persönlich haftende geschäftsführende Gesellschafter aus, so hat dies gem. §§ 161 Abs. 2, 131 Nr. 4 HGB die Auflösung der KG zur Folge, falls der Gesellschaftsvertrag die Weiterführung nicht durch eine "Nachfolgeklausel" oder "Eintrittsklausel" regelt. Dennoch kann sich eine gefährdende Entwicklung der Geschäftsführung und damit des gesamten Kooperationsunternehmens anbahnen, wenn der Nachfolger entsprechend seinem Wahlrecht nach § 139 HGB die Stellung des Komplementärs ablehnt und die eines

Kommanditisten wählt[1]. Auch bei geschickter vertraglicher Regelung ist nicht auszuschließen, daß aus den Reihen der Nachfolger oder der verbleibenden Gesellschafter keiner die fachliche Qualität zur Unternehmensleitung besitzt oder keine Einigung darüber erzielt werden kann, wer die beherrschende Position einnehmen soll.

Aufgrund des in der KG geltenden aus der Struktur und dem Wesen der Personenhandelsgesellschaft entwickelten Verbots der Drittorganschaft[2] ist es den Gesellschaftern der KG untersagt, Nichtgesellschaftern organschaftliche Vertretungs- und Geschäftsführungsmacht einzuräumen.

Diese aus dem geltenden Prinzip der "Selbstorganschaft" resultierende Schwierigkeit besteht bei der GmbH & Co durch Einschaltung der GmbH als geschäftsführende Gesellschafterin nicht, da Nichtgesellschafter die organschaftliche Stellung von Geschäftsführern der GmbH gem. § 35 GmbH-Gesetz übernehmen können.

Die Geschäftsführung und Vertretung der KG wird von der GmbH handelnd durch ihre Organe - nämlich die Geschäftsführer der GmbH - wahrgenommen. Die Geschäftsführer der sog. Geschäftsführungs- oder Beherrschungs-GmbH [3] führen somit unmittelbar die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse für die KG aus, ohne selbst Organe der KG zu sein.

Darüber hinaus bleibt den Gesellschaftern immer noch die Möglichkeit offen, selbst als Geschäfts-

---

1) Sudhoff, S. 26 Nr. 2.

2) H.M. BGH 26, 333; 33, 1o5, 41, 357; 51, 189; kritisch dazu H.P. Westermann, S. 329, 57 m.w.Nachw.

3) Hesselmann, S. 74.

führer der GmbH tätig zu werden oder auch als geschäftsführende GmbH-Gesellschafter unmittelbar die Geschäftsführung der GmbH und dann unmittelbar die der GmbH & Co zu übernehmen. Auf diese Weise kommen de facto das Prinzip der Drittorganschaft und alle daraus resultierenden Vorteile in der GmbH & Co zur Geltung[1].

Im Hinblick auf die Kontinuität der Unternehmensleitung der GmbH & Co ergibt sich nunmehr der Vorteil, daß ein Wechsel der Geschäftsführer der GmbH weder den Bestand der GmbH noch deren Stellung als phG der GmbH & Co berührt und auch keinen Auflösungsgrund für die GmbH & Co bedeutet. Schließlich bietet sich noch der Vorteil der Neutralität; gerade in einem Kooperationsverhältnis ist die Gefahr nicht zu übersehen, das eines der Mitgliedsunternehmen durch eine überragende Stellung innerhalb des Kooperationsverbandes versucht, die Unternehmensleitung einseitig zu beeinflussen. Aus diesem Grunde kann es sich nachteilig für eine reibungslose Zusammenarbeit auswirken, wenn einer der beteiligten Gesellschafter die exponierte Stellung eines geschäftsführenden Gesellschafters erhält.

Die von der Gesellschafterstellung der GmbH in der KG losgelöste Stellung der GmbH-Geschäftsführer gibt die Möglichkeit, unabhängig von Bindungen auf gesellschaftsrechtlicher oder erbrechtlicher Ebene die Unternehmensleitung sachkundigen gesellschaftsfremden Geschäftsführern anzuvertrauen, die auch gleichzeitig eine sachgerechte Koordinierung der Einzelinteressen gewährleisten können.

---

1) Vgl. Böttcher-Beinert S. 26, 28 und Hesselmann, S. 75.

Im Falle des Ausscheidens des Geschäftsführers kann jederzeit über den Stellenmarkt eine Neubesetzung dieser Position erreicht werden. Böttcher weist zu Recht darauf hin, daß sich für diese Position eines GmbH-Geschäftsführers leichter ein Nachfolger finden lasse als für einen persönlich haftenden Gesellschafter[1]. Außerdem ist die Stellung als Geschäftsführer für einen Nichtgesellschafter repräsentativer als die eines Prokuristen oder Bevollmächtigten in einer KG oder OHG. Auf diese Weise kann unabhängig vom Wechsel der Gesellschafter eine kontinuierliche und leistungsfähige Unternehmensleitung gewährleistet werden.
Andererseits kann es den Interessen der Kooperationspartner entsprechen, wenn gerade ein Mitgliedsunternehmen die Geschäftsführung beherrschend übernimmt, wenn dieses auf dem Gebiet der Kooperation die einschlägigen Erfahrungen besitzt oder über die erforderlichen äußeren Voraussetzungen wie z.B. Produktionsanlagen, Patentrechte usw. verfügt. In diesem Fall bietet der Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit, diesen Mitgliedsunternehmen eine beherrschende Geschäftsführungsposition zu übertragen, z.B. durch Übertragung der GmbH-Anteile, während die übrigen Mitgliedsunternehmen sich nur als Kommanditisten mit entsprechenden Mitbestimmungsrechten beteiligen.[2]

2. Die Einflußnahme der Kooperationspartner auf die Geschäftsleitung des Kooperationsunternehmens

Trotz der auf der Hand liegenden Vorteile der

---

1) Böttcher-Beinert, S. 28.

2) Beispiele bei Wiethölter, S. 31.

Übertragung der Geschäftsführung auf gesellschaftsfremde oder die Übertragung der Führungsrolle auf ein beherrschendes Unternehmen werden die Kooperationspartner dennoch in der Regel nicht auf eine unmittelbare oder mittelbare Einflußnahme oder Kontrolle der Geschäftsführung des Kooperationsunternehmens - insbesondere bei intensiver organisatorischer und funktioneller Verpflechtung der Beteiligten - verzichten wollen. Es sind daher die Kontrollmöglichkeiten der Kooperationspartner in Bezug auf die Geschäftsführung durch die GmbH zu untersuchen. Diese können sich aus der Stellung als Kommanditisten oder als GmbH-Gesellschafter ergeben.

a) Rechte als GmbH-Gesellschafter

Die Geschäftsführungsfunktion der GmbH wird durch ihre Organe ausgeübt. Diese unterliegen dem GmbH-Recht. Danach ist die Vertretungsmacht der Geschäftsführer mit Wirkung nach außen nicht beschränkbar. Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis betrifft jedoch das Innenverhältnis zur Gesellschaft und den Gesellschafter. Dieses ist dispositiv geregelt. Die Gesellschafter können somit der GmbH gegenüber verpflichtet werden, die durch Satzung oder Beschlüsse der Gesellschafter oder der zuständigen Gremien wie Beirat, Aufsichtsrat usw. erlassenen Beschränkungen gem. § 37 Abs. 1 GmbH-Gesetz einzuhalten.
Entsprechend dem KG-Vertrag können Geschäftsführungsbefugnisse weitgehend auf Entscheidungsgremien übertragen oder durch eine Liste zustimmungsbedürftiger Geschäfte eingeschränkt werden[1].

---

1) Sudhoff, S. 177.

Für die Kooperationspartner bedeutet dies, daß ihnen die unmittelbare Einflußnahme auf die Geschäftsführung der GmbH ermöglicht wird, wenn sie entweder Gesellschafter der GmbH sind oder Mitglied einer weisungs- und kontrollbefugten Institution.

b) Rechte als Kommanditisten

Zu prüfen ist, welche Einflußmöglichkeiten die Kommanditisten auf die Geschäftsführer haben. Diese Frage hat insbesondere Bedeutung für die Gesellschafter, die nicht gleichzeitig an der Komplementär-GmbH beteiligt sind. Geschäftsführender Gesellschafter in der KG ist die GmbH. Als phG unterliegt sie ebenso wie eine natürliche Person den Vorschriften des KG-Rechts[1]. Die sich aus dem KG-Recht ergebenden Kontrollbefugnisse der Kommanditisten beziehen sich daher zunächst auf die GmbH als juristische Person. Die Befugnis zur Geschäftsführung erstreckt sich gem. § 116 Abs. 1 HGB auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. Nach §§ 116 II 2, 164 HGB müssen die Kommanditisten lediglich bei außergewöhnlichen und allen geschäftsführungsfremden Geschäften zustimmen[2]. Da auch diese Regelung dispositiv ist, können die Gesellschafter die Rechte der Kommanditisten einengen und erweitern, die KG körperschaftlich oder personalistisch ausrichten. Die Ausgestaltung der Geschäftsführungsbefugnis unterliegt keinen gesellschaftsrechtlichen Schranken[3], lediglich

---

1) Sudhoff, S. 193.

2) Schlegelberger-Geßler, Anm. 3 zu § 164 HGB.

3) Westermann, Rdn. 183, 879.

den allgemeinen gesetzlichen Schranken aus §§ 138, 242 BGB und kann somit interessengerecht geregelt werden.

Um der GmbH als Führungsinstitution weitgehende Unabhängigkeit und Elastizität in der Unternehmensleitung zu verschaffen, kann der Gesellschaftsvertrag das Stimmrecht der Kommanditisten auf ein Minumum reduzieren und sie von der Geschäftsführung gänzlich ausschließen. Ein Ausschluß des Stimmrechts ist lediglich insoweit unwirksam, wie er Beschlüsse betrifft, die in die Rechtsstellung der Kommanditisten bzw. in den Kernbereich ihrer Rechtsstellung eingreifen. Die Teilnahme an der Geschäftsführung gehört aber nicht zum Kernbereich der Mitgliedschaft der Kommanditisten[1].

Besteht die Zielsetzung darin, die Führung des gemeinsamen Unternehmens mit zu prägen, kommt eine über den gesetzlichen Rahmen hinausgehende Erweiterung ihrer Rechte in Betracht. Diese Interessenlage wird bei Kooperationsverhältnissen mit starker organisatorischer Verflechtung der Beteiligten mit dem gemeinsamen Unternehmen häufiger sein, weil die Mitgliedsunternehmen mehr oder weniger erheblich von dem Erfolg oder Mißerfolg des gemeinsamen Unternehmens beeinflußt werden können. Unter diesen Umständen kommt den Beteiligten eine personalistische Ausgestaltung des Kooperationsverhältnisses in der Form der gesellschafteridentischen GmbH & Co entgegen. In ihrer Eigenschaft als Gesellschafter der Geschäftsführungs-GmbH können sie gleichzeitig unmittelbar an der Leitung des Unternehmens durch Übernahme der Geschäftsführungsbefugnis der GmbH teilnehmen.

---

1) Westermann, Rdn. 876, 869.

Liegt die Geschäftsführung in der Hand gesellschaftsfremder Geschäftsführer, können diese durch die Kooperationspartner in ihrer Eigenschaft als GmbH-Gesellschafter aufgrund der sich aus dem GmbH-Recht ergebenden weitergehenden Mittel kontrolliert werden.
Sind die Kooperationspartner nicht gleichzeitig GmbH-Gesellschafter, stehen ihnen die aus dem KG-Recht resultierenden Möglichkeiten der Kontrolle der Geschäftsführung offen. Dank der Vertragsautonomie der Gesellschafter bezüglich der Regelungen der Geschäftsführungsbefugnis in der KG können die Gesellschafter interessengemäß die Geschäftsführungsbefugnis aufteilen, Kontrollorgane errichten und Weisungsbefugnisse erteilen[1]. Auch ein vollständiger Ausschluß der Komplementär-GmbH von der Geschäftsführung ist zulässig, wenn stattdessen die Kommanditisten oder z.B. der Gesellschaftsbeirat diese Funktion übernimmt.
In Umkehrung der gesetzlichen Regelung kommt der GmbH dann lediglich die Funktion der Vertretung nach außen hin zu, da ihr dies nach dem Prinzip der Selbstorganschaft nicht genommen werden kann.

Die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter erlaubt es, durch eine den Umständen des Einzelfalles angepaßte Kombination die gewünschte Beschränkung der Rechte der Kommanditisten einerseits und weitgehende Kontroll- und Weisungsbefugnisse andererseits zwecks Gestaltung einer elastischen Geschäftsführung herbeizuführen.

---

1) Westermann, Rdn. 876, 877.

c) Ausübung des Stimmrechts

Ist das Mitgliedsunternehmen eine juristische Person, üben deren Organe das Stimmrecht in der KG aus. Bei Einzelfirmen wird der Inhaber selbst seine Rechte wahrnehmen. Handelt es sich um eine OHG oder um eine KG, beziehen sich die mitgliedschaftlichen Rechte der GmbH & Co KG auf die Mitglieder der OHG bzw. KG. Die Mitglieds-OHG oder KG handelt aber unter ihrer Firma. Ihnen steht als Personengesamtheit eine einheitliche Stimme zu, da nicht die Gesellschafter der Mitgliedsgesellschaften unmittelbar Mitglieder der GmbH & Co sind, sondern sie in ihrer Personengesamtheit. Die Ausübung des Stimmrechts oder der Geschäftsführungs- bzw. Vertretungsbefugnis obliegt daher den vertretungsberechtigten Gsellschaftern der Mitgliedsgesellschaft. Wie die einheitliche Stimme ermittelt wird, ergibt sich somit nach den internen Regelungen in der Mitgliedsgesellschaft. Kommt innerhalb der Mitgliedsgesellschaften keine Einigung zustande, ist die Stimme nicht wirksam, sofern der Gesellschaftsvertrag keine andere Regelung vorsieht. Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Beschlusses in der GmbH & Co ist somit eine wirksame Vertretungsbefugnis der abstimmenden Personen. Da eine Änderung der Vertretungsmacht in den Mitgliedsgesellschaften sich auf die Beschlußfassung in der GmbH & Co auswirkt, kann es praktikabel sein, wenn nur einem Vertreter der Mitgliedsgesellschaft Abstimmungsvollmacht zuerkannt wird.[1] Um einen reibungslosen Ablauf zu gewährleisten, kann dies in den Gesellschaftsverträgen der KG bzw. der GmbH abgesichert werden.

---

1) Westermann, Rdn. 175.

d) Stellung der Geschäftsführer der GmbH als mittelbare Geschäftsführer der KG

Die sich aus dem KG-Recht ergebenden und im KG-Vertrag manifestierten Geschäftsführungsbefugnisse der Komplementäre beziehen sich auf die GmbH als Körperschaft und betreffen nicht unmittelbar deren Organe. Deren Rechte und Pflichten resultieren aus ihrer Stellung in der GmbH und unterliegen daher dem GmbH-Recht. So sind auch die Geschäftsführer der GmbH zwar die Organe, die die Geschäftsführungsbefugnis der GmbH, die im KG-Vertrag bzw. dem Recht der Personenhandelsgesellschaft begründet sind, ausüben; als solche sind sie aber keine Organe der KG. Ihre Bestellung und Abberufung sowie ihre Rechte und Pflichten regeln sich allein nach GmbH-Recht. Das ergibt sich zwangsläufig daraus, daß die GmbH & Co trotz ihrer wirtschaftlichen Einheit aus rechtlich zwei selbständigen Gesellschaften besteht.

Aus dem Gesellschaftsverhältnis bestehen somit zwischen den Kommanditisten und den Geschäftsführern der GmbH keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen. Aus der Funktion der GmbH als geschäftsführender Gesellschafterin ergibt sich für die GmbH-Geschäftsführer als gesetzliche Folge gem. §§ 114, 163, 164 HGB die Verpflichtung, die der GmbH zustehenden Befugnisse der Geschäftsführung und Vertretung auszuüben. Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis der GmbH-Geschäftsführer deckt sich dementsprechend mit dem der GmbH. Die Beschränkung oder Erweiterung der Kommanditistenrechte bezüglich der Geschäftsführung der KG wirkt somit mittelbar auf die GmbH-Geschäftsführer ein in der Weise, daß diese der GmbH gegenüber verpflichtet sind, die ihr auferlegten Weisungen und Beschränkungen, die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis zur KG ergeben, einzuhalten, da die Befugnisse

der Organe nicht weiterreichen können, als die der Gesellschaft selbst[1].

Da Inhalt und Grenzen der Geschäftsführungsmacht der GmbH-Geschäftsführer sich aus der Stellung der GmbH in der KG herleiten, wirken auch die Weisungs- und Kontrollbefugnisse der Kommanditisten nur mittelbar über die GmbH[2].

Die Bindung der Geschäftsführer der GmbH an die Befugnisse der GmbH im Rahmen der KG kann sich mitunter als nicht ausreichende Sicherung der Kommanditistenrechte darstellen. Im Hinblick auf die Stellung der Kommanditisten, die die Träger des Unternehmens sind, ist nicht zu verkennen, daß diese ein unmittelbares Interesse an der Überwachung der Geschäftsführung haben. Wenn auch die Verpflichtung der Organe der GmbH darin besteht, die Interessen der KG wahrzunehmen, so können dennoch widersprüchliche Auffassungen bezüglich der Durchführung im Einzelfall entstehen. Insbesondere dann, wenn die GmbH lediglich Komplementärfunktion hat, kann es gerechtfertigt sein, den Kommanditisten ein unmittelbares Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern der GmbH einzuräumen. Durch vertragliche Vereinbarung zwischen den Kommanditisten und dem Geschäftsführer der GmbH können Weisungsrechte eingeräumt werden. Dank der Dispositionsfreiheit im Innenver-

---

1) Hesselmann in Wiethölter, Aktuelle Probleme, S. 8o.

2) Halten die Geschäftsführer die der GmbH auferlegten Beschränkungen nicht ein, und fügen sie dadurch der KG einen Schaden zu, so hat diese zwar keinen vertraglichen Ersatzanspruch gegen die Geschäftsführer wegen der fehlenden unmittelbaren Rechtsbeziehung; es kommt aber ein Erstattungsanspruch gegen die GmbH in Betracht. Die Geschäftsführer haften bei Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten unmittelbar nur der GmbH gem. § 43 GmbH-Gesetz.

hältnis kann im Rahmen der GmbH-Verträge ein Geschäftsführungsrat mit Weisungskompetenzen gebildet werden, dem auch gesellschaftsfremde, d.h. Kommanditisten angehören können[1]. Auf diese Weise können auch in einer nichtgesellschafteridentischen GmbH & Co die Kommanditisten einen unmittelbaren Einfluß ausüben.

3. Stimmrechtsausschluß bei Mitgliedergeschäften

Sind die Mitgliedsunternehmen bei der Geschäftsführung weisungsbefugt, taucht die Frage des Stimmrechtsausschlusses bei Mitgliedergeschäften auf, da es bei Abschluß und Abwicklung dieser Geschäfte zu Interessenkollisionen kommen kann. Das zustimmungspflichtige Mitglied vertritt einerseits seine Individualinteressen (z.B. hoher Abgabepreis) und andererseits hat es mitgliedschaftliche Verpflichtungen gegenüber der GmbH & Co wahrzunehmen. Da der Fall der Interessenkollision im Recht der Personengesellschaften nicht geregelt ist, bejaht die überwiegende Meinung die analoge Anwendung der Ausschlußvorschriften der Kapitalgesellschaften (§ 47 Abs. 4 GmbH-Gesetz, § 43 Abs. 2 GenG, § 34 BGB, § 136 Abs. 1 AktG), wonach bei Beschlußfassung über Rechtsgeschäfte mit einem Mitglied das Stimmrecht des Mitglieds ausgeschlossen ist[2]. Der BGH hat bisher noch keine Stellung bezogen. Diese noch von Zöllner als herrschende Auffassung wird jedoch neuerdings im Anschluß an Hueck[3] abgelehnt.

---

1) Wiedemann, Verbandssouveränität und Außeneinfluß, S. 1o5 ff.

2) Zöllner, S. 193 m.w.Nachw.; Weipert § 119, Anm. 6; Baumbach-Duden § 119 Anm. 1 B; Müller-Erzbach, S. 197.

3) Hueck, Recht der OHG, S. 17o f.; im Anschluß daran auch Fischer-Ulmer, Anm. 22 zu § 119 und Schlegelberger § 119, Anm. 47.

Hueck beruft sich darauf, daß mit der Änderung des Aktiengesetzes in § 136 Abs. 1 AktG der Ausschluß des Stimmrechts bei der Vornahme eines Rechtsgeschäftes der Gesellschaft mit dem Gesellschafter entgegen der ursprünglichen Fassung nicht mehr aufgenommen worden sei. Es sei daher nicht angebracht, einen Rechtssatz, der sich im Aktiengesetz als überholt erwiesen habe, auf die OHG oder KG noch entsprechend anzuwenden. Bei missbräuchlicher Stimmrechtsausübung im Einzelfall sei vielmehr die Stimmabgabe unbeachtlich, weil sie einen Verstoß gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht darstelle. Vermittelnde Meinungen erkennen daher den Stimmrechtsausschluß bei mißbräuchlicher Ausübung an.[1] Eine analoge Anwendung ist aber dann gerechtfertigt, wenn die Personalgesellschaft körperschaftsähnliche Mehrheitsbeschlüsse vorsieht[2].

In jedem Fall ist somit bei der Beurteilung der Rechtsgeschäfte zu unterscheiden, ob es sich um Rechtsgeschäfte gesellschaftsrechtlicher Natur handelt oder um solche, bei denen der Gesellschafter der Gesellschaft als "Dritter" gegenübersteht. Nur bei solchen Rechtsgeschäften, die der betreffende Gesellschafter der GmbH & Co als Dritter abschließt, d.h. keine mitgliedschaftsbezogenen Pflichten ausübt, ist das Stimmrecht in analoger Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbH-Gesetz ausgeschlossen. Rechtsprechung und herrschende Meinung haben Rechtsgeschäfte gesellschaftsrechtlicher Natur aus dem Begriff des Rechtsgeschäftes in § 47 Abs. 4 GmbH-

---

1) Z.B. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 138, 14.

2) Westermann, Handbuch, Rdn. 276.

Gesetz herausgehoben[1]. Hierbei handelt es sich um Gesellschafterbeschlüsse, die berechtigend oder verpflichtend alle Gesellschafter betreffen oder betreffen können, wie Einforderung von Stammeinlageraten oder Nachschüssen, Rückzahlung von Nachschüssen, Satzungsänderungen verschiedenster Art usw.. Gerade bei diesen Beschlüssen sollen die Gesellschafter mit abstimmen. Man würde mit Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbH-Gesetz in solchen Fällen die Willensbildung und das Leben der Gesellschaft unmöglich machen[2].

a) Mitgliedergeschäfte als mitgliedschaftliche Verpflichtung

Ob Mitgliedergeschäfte, die der Förderung der Mitglieder dienen und Ausdruck der Kooperation sind, als Geschäfte mit "Dritten" anzusehen sind und folglich unter ein Stimmverbot fallen können, ist fraglich.

Dem äußeren Anschein nach handelt es sich dabei um Rechtsgeschäfte des Handelsverkehrs, die die Mitglieder als Geschäftspartner der GmbH & Co abschließen. Allerdings sind diese Geschäfte - soweit es sich nicht um gelegentliche Rechtsgeschäfte handelt, die mit dem Zweck der Kooperation in keinem Zusammenhang stehen - Inhalt der Kooperation und finden ihre Grundlage im Gesellschaftsvertrag. Der Abschluß dieser Geschäfte der GmbH & Co mit ihren Gesellschaftern, die Vereinbarung über Umfang, Abwicklung, Preis usw. sind Ausübung mitgliedschaftlicher Verpflichtung als Ausfluß der unternehmensbezogenen Mitgliederstellung. Der gesellschaftsinterne Charakter zeigt

---

1) Hachenburg, Anm. 19 zu § 147 GmbH-Gesetz; Weipert, § 119 Anm. 6; Baumbach-Duden § 47, 3 B GmbH-Gesetz; Hueck § 11 III, 2 S. 172; RG 1o4, 13o.

2) Z.B. Hachenburg, § 47 GmbH-Gesetz, Anm. 19.

sich insbesondere dann, wenn der Beschluß über ein solches Geschäft,die typisch gesellschafts-interne Entscheidung über die Gewinnausschüttung enthält. Mitgliedergeschäfte, die in Erfüllung mitgliedschaftlicher Funktion abgeschlossen werden, sind somit nicht typische Drittgeschäfte der Gesellschaft, die außerhalb jeglicher mitgliedschaftlicher Bindung vollzogen werden.

Auch vom Inhalt und Zweck her sind sie nicht mit Fremdgeschäften vergleichbar, weil sie der Förderung des Geschäftspartners (des Mitglieds) dienen und deshalb von Kalkulation und Abwicklung her anders ausgerichtet sind als typische Fremdgeschäfte, bei denen die GmbH & Co allein ihren Vorteil im Auge hat und die daher auch nicht die die Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbH-Gesetz rechtfertigende gefährdende Interessenkollision heraufbeschwören. Schließlich würde die GmbH & Co solche Vorzugsgeschäfte mit Fremden gar nicht abschließen. Verträge, die zudem den Geschäftspartnern die Möglichkeit der Einflußnahme auf Preisbestimmung, Abwicklung usw. gewähren und ferner der GmbH & Co Einblick in die Geschäftspolitik der Partner, d.h. der Mitglieder, bieten, schließt normalerweise ein Unternehmen eben nur mit kooperierenden Mitgliedern ab, nicht mit Fremden.
Mitgliedergeschäfte, die Ausdruck der Kooperation sind, sind somit nicht als Drittgeschäfte mit gefährdenden Interessenkollisionen zu beurteilen mit der Folge, daß über ihre Beschlußfassung in der Geschäftsführung ein Stimmverbot aus gefährdender Interessenkollision entsprechend § 47 Abs. 4 GmbH-Gesetz nicht gerechtfertigt ist.

b) Vertragliche Regelung

Im Gesellschaftsvertrag können die Gesellschafter den Stimmrechtsausschluß nach Belieben regeln, die Ausschließungsgründe erweitern oder beschränken, das Stimmrecht bei Abschluß von Mitgliedergeschäften ausdrücklich zulassen, ausschließen oder es in solchen Fällen auf Gesellschafterausschüsse übertragen[1].

Die Gestaltungsfreiheit findet ihre Grenze in den guten Sitten, dementsprechend dürfen die vertraglichen Regelungen niemals einem unzulässigen Machtmißbrauch dienen[2]. Die vertragliche Regelung darf daher nicht zu einer unzulässigen Abhängigkeit dieser Gesellschafter von der Willkür der anderen führen. In dieser Hinsicht bestehen ähnliche Grenzen wie für die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen [3].

Der BGH[4] hat die Möglichkeit des Entzugs des Stimmrechts grundsätzlich anerkannt, allerdings insoweit Einschränkungen gemacht, als der Entzug des Stimmrechts für solche Beschlüsse nicht zulässig sein sollte, die in den Kernbereich der Rechtsstellung des Kommanditisten eingreifen. Zöllner versucht immanente Schranken zu konretisieren, indem er auf die Bindung der guten Sitten, die Bindung an den Grundsatz der Gleichbehandlung, die Bindung an den Gesellschaftszweck und auf die Bindung durch Treu und Glauben abstellt[5]. Inwieweit somit eine Überschreitung

---

1) Fischer-Ulmer § 119, Anm. 23; Hueck, Recht der OHG S. 169; Zöllner, S. 191; Westermann, Handbuch, Rdn. 275; Baumbach-Hueck, § 47, Anm. 3 D; RG 89, 383.

2) BGH 2o, 367 ff.

3) Hueck, Recht der OHG, S. 169.

4) BGH 2o, 368.

5) Zöllner, S. 193 ff.

der vertraglichen Freiheit in Betracht kommt, hängt von der Prüfung im Einzelfall ab.

D. Die Sicherung der Integration der kooperierenden Unternehmen

I. Die Gestaltung einer unternehmensbezogenen Mitgliedschaft

Der Erfolg einer Kooperation hängt wesentlich ab von der rechtlichen Sicherung des Kooperationsverhältnisses. Da die Mitgliedschaft in einem Kooperationsverband unternehmensbezogen ist, also die Inhaberschaft eines Unternehmens bestimmter Qualifikationen maßgeblich ist, kann einerseits der Ausfall eines beteiligten Unternehmens zur Gefährdung des gesamten Verbandes führen[1] und andererseits das beteiligte Unternehmen auf die Funktionsübernahme durch das gemeinsame Unternehmen angewiesen sein[2]. Je intensiver die tatsächliche Bezogenheit der Mitgliedsunternehmen auf das Kooperationsunternehmen ausgestaltet ist, umso größer ist das Interesse an einer rechtlichen Verstärkung dieser Verflechtung, damit an der Ausrichtung einer unternehmensbezogenen Mitgliedschaft in der GmbH & Co.

---

1) Wenn z.B. das Kooperationsunternehmen in seiner Kapazitätsausnutzung auf die Inanspruchnahme aller Mitglieder angewiesen ist.

2) Das Mitglied, welches seine Verkaufs- und Vertriebsorganisation auf das Kooperationsunternehmen übertragen hat, kann nicht ohne weiteres ohne diese Funktionsübernahme des Kooperationsunternehmens auskommen.

1. Die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedschaft in der GmbH & Co

Die Bestimmung des Mitgliedschaftsverhältnisses in der GmbH & Co beurteilt sich nach den Vorschriften der KG bzw. der GmbH. Aus der Rechtsnatur der GmbH & Co als Personenhandelsgesellschaft ergibt sich zunächst, daß die Mitgliederstellung im Prinzip personenbezogen ist. Die vertragliche Gestaltungsfreiheit läßt jedoch die Ausrichtung der Mitgliedschaft in eine bestimmte Richtung zu. Die Steigerung zur Personengebundenheit ergibt sich zwangsläufig aus der Rechtsnatur der Personengesellschaft, wenn z.B. das Mitgliedschaftsverhältnis nicht durch die Übertragung oder Vererbung von der Person des Mitgliedes gelöst werden kann und zusätzlich inhaltlich auf die Person des Mitglieds abgestellt ist. Das Recht der KG (z.B. durch Übernahme körperschaftlicher Institutionen der GmbH, Veräußerlichkeit der Anteile usw.) läßt jedoch zu, die Personenbezogenheit zu lockern. Da die Ausgestaltung der Mitgliedschaft, der einzelnen Pflichten und Rechte weitgehend der Vertragsautonomie unterliegt, kann die GmbH & Co, je nachdem, in welchem Umfang kapitalbezogene Elemente der GmbH übernommen werden, so ausgerichtet werden, daß personenbezogene Bezüge kaum noch vorhanden sind. Vollkommen verdrängen läßt sich die Personenbezogenheit allerdings nicht, da alle Rechte und Pflichten sich letztlich auf die Person des Mitglieds beziehen[1].

---

1) Die automatische, nur aufgrund der Erfüllung eines bestimmten Tatbestandes begründete Mitgliedschaft führt zur gegen Art. 9 GG verstoßenden Zwangsmitgliedschaft, vgl. Westermann, Betriebsbezogene Mitgliedschaften bei Genossenschaften, S. 284.

Entscheidend ist jedoch, daß durch den Gesellschaftsvertrag sich die personelle Bindung weitgehend lösen läßt und die Mitgliedschaft inhaltlich auf die Erfüllung bestimmter Tatbestände abgestellt werden kann.

2. Verknüpfung von Mitgliedschaft und Unternehmen bei Eintritt und Ausscheiden aus dem Kooperationsunternehmen

Um die Mitgliedschaft in der GmbH & Co unternehmensbezogen zu gestalten, ist es erforderlich, die Mitgliedschaft an den Tatbestand der Inhaberschaft eines bestimmten Unternehmens oder einer unternehmerischen Einrichtung zu koppeln mit der Folge, daß die Mitgliedschaft für die Dauer mit einer bestimmten Position verbunden ist. Die Unternehmensbezogenheit wird deutlich bei Änderung des Mitgliederbestandes im Kooperationsunternehmen (Aufnahme, Ausscheiden, Wechsel) und bei Wechsel der Inhaber der Mitgliedsunternehmen.
Die Neuaufnahme in das Kooperationsunternehmen kann insofern unternehmensbezogen gestaltet werden, als der Gesellschaftsvertrag eine Mitgliedschaft nur zuläßt für solche Unternehmen, die eine bestimmte unternehmerische Funktion oder betriebliche Einrichtung oder Anlage, die eine Kooperation ermöglicht, besitzen oder in das Kooperationsunternehmen einbringen können. Der Eintritt kann hier entsprechend dem Willen der Mitglieder von der Inhaberschaft einer bestimmten unternehmerischen Qualifikation abhängig gemacht werden. Die vertraglich vereinbarte Bindung der Mitgliedschaft an die Inhaberschaft eines Unternehmens bewirkt, daß eine Aufnahme ohne diese Position gesellschaftsrechtlich unwirksam ist.
Problematischer ist jedoch die Erhaltung der Ver-

knüpfung von Mitgliedschaft und Unternehmen auf Dauer zu sichern, da im Laufe der Zeit bedingt durch wirtschaftliche Umstände und gesellschaftsrechtliche Ereignisse innerhalb des Kooperationsunternehmens und innerhalb der beteiligten Mitgliedsunternehmen eine Lösung aus dem Kooperationsverband und eine Änderung des Mitgliederbestandes unausbleiblich sind. Das Ausscheiden eines Mitgliedsunternehmens kann - je nach der Intensität der betrieblichen Verzahnung - den gesamten Kooperationsverband beeinträchtigen und rückwirkend auch auf alle anderen Beteiligten eine verhängnisvolle Auswirkung haben. Der Sicherung einer objektiv begründeten Verzahnung kommt eine interessengerechte Regelung der Kündigungsfrist entgegen, um eine Anpassung des Kooperationsunternehmens an die mit dem Ausscheiden verbundene Änderung der wirtschaftlichen und betrieblichen Organisation zu erreichen.

a) Interessengerechte Regelung in der KG

Gem. §§ 132, 134 HGB können die Kommanditisten jederzeit befristet kündigen[1]. Bezüglich der Einzelheiten (Fristen, Dauer usw.) sind die Gesellschafterbefugnisse weitgehend unbeschränkt. Ein gänzlicher Kündigungsausschluß ist aufgrund der personellen Struktur des Gesellschaftsverhältnisses nicht möglich; der Gesellschaftsvertrag kann jedoch die Kündigung auf lange Zeit ausschließen oder feste Kündigungsfristen nach festgelegten Zeiträumen bestimmen. Auf diese Weise wird im Hinblick auf die Geschäftsführung und auf

---

1) Zur Wahrung der persönlichen Freiheit findet das Lösungsrecht des Gesellschafters gem. § 134 HGB auch Anwendung, wenn die Gesellschaft auf die Dauer des Bestehens einer juristischen Person geschlossen ist; vgl. Westermann, Handbuch, Rdn. 623; Fischer-Ulmer, § 134, Anm. 2; Schlegelberger-Geßler § 134, Anm. 5; a.A. Hueck, OHG § 24 Fußn. 6.

die wirtschaftliche Entwicklung des Kooperationsunternehmens eine gewisse Sicherheit gegeben. Die Gesellschafter können z.B. bei kapitalintensiven Kooperationsunternehmen den Kontinuitätsinteressen Vorzug geben oder bei wirtschaftlich unkomplizierten Verbindungen leichtere Lösungsmöglichkeiten vorsehen.
Zwar bewirkt als Folge der personellen Struktur der Personengesellschaften die Kündigung die Auflösung der Gesellschaft. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch - abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen - eine andere Regelung nach Abwägung der Interessen im Einzelfalle bestimmen. In der Regel wird das Unternehmen unter den verbleibenden Gesellschaftern oder mit den Rechtsnachfolgern fortgesetzt, § 139 HGB. Neben der automatischen Fortsetzung wird in der Praxis eines Kooperationsverhältnisses eine Wahlmöglichkeit den Beteiligten entgegenkommen. Der Vorteil der flexiblen Lösung liegt darin, die mit dem Ausscheiden eines Unternehmens aus dem gemeinsamen Organisations- und Funktionsverband zwangsläufig ergebenden wirtschaftlichen Folgen für die Kooperation zu überdenken und nach Möglichkeit der Weiterführung zu suchen. Auch im Hinblick auf den Bestand und die finanzielle Belastbarkeit der Mitgliedsunternehmen wird sich die flexible Wahllösung als praktikabel erweisen.
Mit dem Ausscheiden des Mitgliedsunternehmens gehen seine Rechte und Pflichten unter bzw. auf die verbleibenden Gesellschafter über[1]. Die Be-

---

1) Gläubigerforderungen und Schuldnerverbindlichkeiten des ausscheidenden Gesellschafters bleiben bis zum Ablauf der Verjährungsfrist bestehen, so daß auch bei Kommanditisten die persönliche Haftung gem. § 172 Abs. 4 HGB wieder auflebt, soweit die Ersatzeinlage zurückgezahlt wurde; vgl. im einzelnen BGH 36, 224; Wiedemann, S. 224, 225.

teiligung am Gesellschaftsvermögen wächst den Verbleibenden zu. Der Kündigende verliert seinen Anspruch auf Liquidation und den Liquidationserlös. Dementsprechend erhält der ausscheidende Gesellschafter als Ausgleich einen Abfindungsanspruch[1].

b) Unternehmensunschädliche Abfindungsregelung

Für die Erfüllung des Abfindungsanspruchs haften die Gesellschaft und die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen im Rahmen ihrer persönlichen Haftung für Gesellschaftsschulden. Die Geltendmachung des Abfindungsanspruchs kann zur Gefährdung des Kooperationsunternehmens führen. Die Regelung und Berechnung der Abfindung ist problematisch.

Gem. § 738 BGB bemißt sie sich danach, was der kündigende Gesellschafter im Falle der Auseinandersetzung bei Auflösung der Gesellschaft erhalten würde. Unter diesen Umständen ist bei der Ermittlung des Wertes auf die stillen Reserven und auf den Firmenwert Rücksicht zu nehmen, um den wirklichen Wert des Anteils zu ermitteln. In einer sog. Abschichtungsbilanz wird daher der Substanzwert des Gesellschaftsvermögens und dementsprechend unter Berücksichtigung der stillen und offenen Reserven, dem lebenden Geschäftswert der Gegenstände, dem Verkaufswert der Grundstücke usw. der Kapitalanteil entsprechend dem zum Zeitpunkt des Ausscheidens gültigen Gewinn- und Verlustverteilungsschlüssels berechnet[2]. Dieser stellt seinen Anteil am Substanzwert des Gesellschaftsvermögens und danach den Mindestbe-

---

1) § 738 I S. 2 BGB i.V.m. § 105, Abs. 2 HGB; vgl. Huber, S. 319.

2) H.M. vgl. z.B. Westermann, Handbuch, Rdn. 429 ff.; Huber, S. 321.

trag dar, den der Kündigende gem. § 738 Abs. 1 S. 2 BGB zu beanspruchen hat.
Außerdem erhält er noch den Anteil, der sich aus dem Firmenwert bzw. Ertragswert des Unternehmens berechnet[1]. Um die bei Bewertungen typischen Schwierigkeiten zu vermeiden, setzt die Vertragspraxis in der Regel einfachere Berechnungsgrundlagen fest[2]. Die gesetzliche Regelung läßt ein schutzwürdiges Erhaltensinteresse des Unternehmens außer Betracht. Es liegt daher auf der Hand, daß die Auszahlung des wirklichen Wertes in Geld das Kooperationsunternehmen wirtschaftlich ruinieren kann. Die Vertragsautonomie der Gesellschafter erlaubt es aber, die Abfindungsregelung im Sinne der Erhaltung des Unternehmens zu gestalten. Zwecks wirtschaftlicher Anpassung können im Hinblick auf die Kooperation für eine Übergangszeit bestimmte Verhaltenspflichten des Ausscheidenden, wie z.B. Abnahme- oder Lieferpflichten oder die Überlassung von Patentnutzungsrechten usw., vereinbart werden. Derartige Abfindungsmodalitäten, die das Erhaltensinteresse der Gesellschaft in den Vordergrund stellen, können folglich zu einer starken Bindung des Mitgliedsunternehmens an das Kooperationsverhältnis führen, so daß eine Kündigung wirtschaftlich nicht mehr tragbar erscheint. Grenzen der vertraglichen Regelung ergeben sich daher im Falle des freiwilligen Ausscheidens aus § 723 Abs. 3 BGB, wonach eine unbillige Beschränkung des Abfindungsanspruchs als unzulässige Erschwerung oder gar als Ausschluß

---

1) Huber, S. 322, 323.

2) Sudhoff, S. 314, 184; Flechtheim, § 138, 14; Westermann, Rdn. 446 ff.

des Kündigungsrechts anzusehen ist[1].
Ob eine unbillige Erschwerung der Kündigung oder ob eine hinzunehmende Minderung des Abfindungswertes vorliegt, hat nach Abwägung des Erhaltensinteresses des Unternehmens und den individuellen Interessen des Ausscheidenden zu erfolgen. In Literatur und Rechtsprechung sind hierfür nur Anhaltspunkte für eine interessengerechte Wertung gegeben.worden[2]
Letzten Endes kommt es aber auf die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles an. Maßgeblich wird daher sein, ob sich im Einzelfall eine Vorrangigkeit des Unternehmensschutzes ermitteln läßt oder ob das Freiheitsinteresse des Einzelnen stärker betont ist.
Kennzeichen des Kooperationsunternehmens ist nicht die anonyme kapitalmäßige Beteiligung der Mitgliedsunternehmen, vielmehr liegt das Schwergewicht auf der organisatorischen und funktionellen Zusammenarbeit, die je nach dem Gegenstand der Kooperation eine betriebliche Verflechtung bewirkt, die allein in der Zusammenarbeit der Beteiligten ihren wirtschaftlichen Sinn hat. Die Ausrichtung auf das gemeinsame Unternehmen und die Abstimmung der Beteiligten aufeinander kann zwangsläufig Einblick in den internen Geschäftsbereich der Mitglieder, in die Geschäftspolitik und die Kapitalverhältnisse, den Kundenstamm usw. geben und ein Vertrauensverhältnis begründen, das im Interesse aller zu schützen ist. Wollte man das Ausscheiden erleichtern, besteht die Möglichkeit, daß der Einzelne angesichts der Verflechtung die Mehrheit unter Druck setzen und damit Gesellschaftszweck und den Kooperationszweck gegen den Willen der anderen blockieren kann. Insbesondere bei Koope-

---

1) BGH NJW 54, 1o6; Westermann, Handbuch,Rdn. 45o.

2) Westermann, Festschrift für Bartholomeyczik, S. 398; Würdinger AcP 144, 129 ff. hält jede Minderung für unzulässig.

rationsunternehmen mit hohem Kapitalaufwand (Gründung einer Produktionsstätte) wird der Zusammenschluß der Kooperationspartner im Vertrauen darauf begründet, daß eine dauerhafte gemeinsame Tätigkeit gewährleistet ist, um wirtschaftliche Vorteile zu erzielen. All diese Erwägungen, die sich aus dem Kooperationszweck ergeben, sprechen dafür, das Interesse der Gemeinschaft über die des Einzelmitglieds zu stellen. Die Vorrangigkeit der Unternehmenssicherung rechtfertigt es, die Abfindungsregelung im Falle des Ausscheidens eines Mitglieds "unternehmensunschädlich" zu gestalten.
Darüber hinaus kann bei der Abwägung der Interessen darauf abgestellt werden, daß die Mitgliedschaft im Kooperationsverband unternehmensbezogen ist mit der Folge, daß es vor allem auf die Erhaltung des Unternehmens oder des Betriebes, d.h. einer bestimmten Unternehmensposition im Kooperationsverband ankommt. Daraus ergibt sich ein Interesse aller, die Integration zu sichern und die vom ausscheidenden Mitglied eingebrachte tatsächliche Unternehmensposition dem Kooperationsverband zur Weiterbenutzung zu erhalten, da unter Umständen die Funktionsfähigkeit des Kooperationsgefüges davon abhängt. Aus diesem Gesichtspunkt ist es daher gerechtfertigt, bei der Bemessung der Abfindung eine Regelung zu vereinbaren, nach der der Ausscheidende auf die eingebrachte Unternehmensposition verzichtet und sich mit einer anderweitigen z.B. kapitalmäßigen Abfindung einverstanden erklärt. Die in dieser Regelung mitunter liegende Erschwerung der Kündigung oder wirtschaftlicher Minderung des Abfindungswertes ist aus dem Kooperationszweck, unter dem sich die Beteiligten zusammengeschlossen

haben, berechtigt und nicht als unzulässige Erschwerung der Kündigung gem. § 723 Abs. 3 BGB anzusehen[1].

c) Konforme Regelung in der GmbH

Im Gegensatz zum Recht der Personenhandelsgesellschaften trägt das GmbH-Gesetz dem schutzwürdigen Interesse des GmbH-Gesellschafters, aus der GmbH auszuscheiden (abgesehen von der Möglichkeit der Abtretung des Gesellschaftsanteils) nicht Rechnung[2]. Da aber Gerechtigkeitsvorstellungen und das Wohl der GmbH sowie auch die Treuepflicht, die der Gesellschaft den Gesellschaftern gegenüber obliegt, eine Austrittsmöglichkeit verlangen und das Bedürfnis eines solchen Rechtsbehelfs unbestreitbar ist, um die gesetzlich vorgesehene Auflösung, § 61 GmbH-Gesetz, zu Gunsten eines "Unternehmensschutzes" zu vermeiden, hat die Rechtsprechung und Literatur zunächst den Ausschluß eines Gesellschafters zugelassen, wenn in seiner Person ein wichtiger Grund vorliegt und seine Mitgliedschaft daher für die anderen Gesellschafter untragbar ist[3]. Dementsprechend wird auch ein freiwilliger Austritt eines Gesellschafters aus der GmbH für gerechtfertigt erklärt, wenn Umstände vorliegen, die die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses für ihn unzumutbar machen und eine Lösung auf andere Weise, z.B. durch Abtretung nicht

---

1) Soweit nicht - das ist eine Frage des Einzelfalles - wegen außergewöhnlicher Umstände eine solche Lösung unzumutbar ist.

2) Baumbach-Hueck, Anm. 1 zur Einführung zu § 34 GmbH-Gesetz.

3) RG 114, 213; 125, 114; 169, 33o; BGH 1o9, 151.

möglich ist[1]. Dieses Recht hat der Gesellschafter zumindest dann, wenn es sich nicht - wie bei einem Kooperationsverhältnis - um eine reine Kapitalgesellschaft handelt und die Gesellschafter abgesehen von der Kapitaleinlage noch sonstige Pflichten zu erfüllen haben. Das Lösungsrecht bei wichtigem Grund ergibt sich aus dem anerkannten Prinzip, daß bei Dauerschuldverhältnissen ein Ausscheiden zumindest aus wichtigem Grund möglich sein muß[2]. Der Ausscheidende hat Anspruch auf Erstattung des vollen Wertes seines Geschäftsanteils[3]. Der Verlust der Mitgliedschaft erfolgt nach Wahl der Gesellschaft durch Amortisation entsprechend § 34 GmbH-Gesetz oder durch Abtretung an die Gesellschaft oder an einen von ihr zu bestimmenden Dritten gegen entsprechende Entschädigung. Da die Ausschließung gesetzlich nicht geregelt ist und somit auch nicht automatisch die Einziehung bewirkt, bleibt der Geschäftsanteil zunächst als trägerloses Recht bestehen, es muß daher eine Entscheidung darüber getroffen werden, was mit dem Anteil geschehen soll. Zwecks Erhaltung der Beteiligungsidentität kommt eine Abtretung nicht in Betracht, es sei denn, ein qualifizierter Nachfolger biete sich an. In diesem Fall muß jedoch auch eine entsprechende Übernahme der KG-Beteiligung verlangt werden. Die Übernahme des Anteils durch die GmbH als eigenen Anteil

---

1) RG 128, 1; Scholz-Fischer § 15 A 8; Lehmann, S. 256; Hachenburg § 34 A 18; Hueck, DB 51, 1o8; 53, 776; Baumbach-Hueck § 34, Anm. 1 zur Einführung zu § 34; Sudhoff, S. 225; A.A. Masur NJW 49, 4o7.

2) Z.B. Fischer, GmbH-Rundschau 53, 137; bei rein kapitalistischer Struktur ist ein Ausscheiden noch streitig, vgl. Hachenburg, Anm. 18 b zu § 34 GmbH-Gesetz; ablehnend Fichtner BB 67, 18.

3) BGH 9, 168.

scheidet aus, weil eine entsprechende Regelung nicht im KG-Vertrag möglich ist. Als gangbarer und der KG-Regelung angepaßter Weg bietet sich die Amortisation an.
Bei der Entschädigungsregelung ist zu berücksichtigen, daß Zahlungen aus dem Stammkapital an den Gesellschafter nicht erfolgen dürfen, da hier der Grundsatz der Stammkapitalerhaltung gilt[1]. Soweit also die Auszahlung nicht aus Reserven erfolgen kann, muß notfalls eine Kapitalherabsetzung nach den hierfür geltenden Bestimmungen vorgenommen werden (§ 58 GmbH-Gesetz). In diesem Fall empfiehlt es sich, von vornherein einen Amortisationsplan aufzustellen. Die Einzelheiten des Ausscheidens können die Gesellschafter im GmbH-Statut einschließlich der Voraussetzungen und Gründe entsprechend dem KG-Vertrag vereinbaren[2], wobei zu berücksichtigen ist, daß auch hier der Grundsatz gilt, daß eine unzumutbare Kündigungserschwernis insbesondere durch eine zu niedrige Abfindung unzulässig ist[3]. In Anpassung an die KG-Regelung kann dem Interesse der Beteiligten an der Erhaltung der eingebrachten Unternehmensposition im Kooperationsverband Rechnung getragen werden.

3. Die Sicherung der Unternehmensbezogenheit bei Mitgliederwechsel

Ebenso wie beim Ausscheiden eines Mitgliedsunternehmens hat die rechtliche Sicherung der tatsächlichen unternehmerischen Verzahnung Bedeutung bei der Veräußerung des Mitgliedsunternehmens[4] und der Über-

---

1) Baumbach-Duden Anm. 3 zur Einführung zu § 34 GmbH-Gesetz.

2) Sudhoff, S. 325; Scholz, Anm. 23 zu § 16 GmbH-Gesetz; Hachenburg Anm. 35 zu § 16 GmbH-Gesetz.

3) Hueck, DB 57, 39; Sudhoff, S. 326.

4) Z.B. die X-OHG veräußert ihr Unternehmen an die Y-OHG.

tragung der Mitgliedschaft. Die Veräußerung eines Mitgliedsunternehmens wird bei intensiver organisatorischer Verflechtung in der Regel nur wirtschaftlich sinnvoll sein bei gleichzeitiger Übertragung der Beteiligung an der Kooperationsgesellschaft[1]. An einer solchen Übertragung werden ohnehin nur Erwerber interessiert sein, die aufgrund ihrer Qualifikation eine förderliche Zusammenarbeit erwarten lassen. Im Interesse des veräußernden Mitglieds und des Erwerbers kann es daher liegen, daß der Erwerber mit dem Unternehmen auch die Mitgliedschaft in der GmbH & Co erhält.

Auch im Hinblick auf die Verwirklichung der Kooperation ist eine Mitgliedschaft ohne Besitz eines Unternehmens sinnlos. Es besteht daher ein Interesse der Kooperationsgesellschaft daran, daß die Mitgliedschaft in der GmbH & Co nur übertragen werden kann, wenn sichergestellt ist, daß das Kooperationsgefüge erhalten bleibt, das integrierte Unternehmen nicht herausgelöst, sondern mit übertragen wird.

Das Interesse an der Erhaltung der Integration des Unternehmens als Wirtschaftseinheit besteht beiderseitig, wenn die Integration wirtschaftlich kaum vertretbar wieder rückgängig gemacht werden kann. Zur Sicherung einer objektiven Verzahnung gilt es daher, die in dem Unternehmen begründete Mitgliedschaft von der Inhaberschaft des Unternehmens weitgehend unabhängig zu gestalten.

Dieses Ziel läßt sich - abgesehen von der individuellrechtlichen Vereinbarung eines Aufnahmeanspruchs des

---

1) Um die Folgen eines ersatzlosen Ausscheidens zu mindern, kann es sinnvoll sein, die Regelung einer Nachfolge oder einer Übertragung der Mitgliedschaft zu vereinbaren.

Rechtsnachfolgers gem. § 328 BGB und der entsprechenden Aufnahmeverpflichtung seitens der GmbH & Co - durch eine gesellschaftsrechtliche Regelung erreichen, die einerseits den Übergang der Mitgliedschaft auf den jeweiligen Rechtsnachfolger des betreffenden Unternehmens vorsieht, andererseits eine Übertragung der Mitgliedschaft ohne dazugehörige Unternehmensposition verhindert.

Erforderlich ist, daß die Mitgliedschaft in der GmbH & Co als ein in dieser Weise flexibles Recht ausgestaltet werden kann.

a) Mitgliedschaft in der KG

Ausgehend von der Vorstellung, daß das Gesellschaftsverhältnis ein persönliches Vertrauensverhältnis darstellt, hat das Gesetz einen Wechsel im Gesellschafterbestand nicht vorgesehen. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch durch sog. Fortsetzungs- oder Nachfolgeklausel, durch Aufnahme neuer Mitglieder auch den Wechsel im Gesellschafterbestand vorsehen und trotz der grundsätzlichen Unübertragbarkeit allerdings mit Zustimmung aller Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis als Ganzes übertragen[1]. Nicht einheitlich bewertet man allerdings die Rechtsnatur des Übertragungsvorganges. Man kann die Übertragung in Aufnahmevertrag und Ausscheidungsvertrag zerlegen, d.h. in ein Rechtsgeschäft zwischen den verbleibenden Gesellschaftern und dem Ausscheidenden bzw. dem Aufzunehmenden oder durch ein einheitliches Rechtsgeschäft zwischen dem Eintretenden und dem Ausscheidenden i.S. einer Abtretung oder der Vertragsübernahme erfolgen

1) Weipert Anm. 39 zu § 1o5 HGB; Fischer Anm. 2 zu § 719 BGB; Palandt, Anm. 1 zu § 717 BGB; Wiedemann S. 61 m.w.Nachw. Fußn. 2; Huber, S. 369 ff.; BGH 13, 179 f.

lassen[1]. Im Falle der Trennung zwischen Aufnahme und Ausscheiden wird der Eintretende nicht unmittelbar Rechtsnachfolger des Ausscheidenden[2]. Dem Erwerber wächst der Anteil des Veräußerers an und er tritt in dessen Rechte und Pflichten ein, sofern nicht etwas Abweichendes vereinbart worden ist.

Im Falle der Abtretung soll die Beteiligung in der Regel mit allen Rechten und Pflichten auf den neuen Gesellschafter übergehen, soweit der Gesellschaftsvertrag nicht Einschränkungen enthält. Anderenfalls gelten nach der Rechtsprechung[3] nur die Ansprüche und Verpflichtungen als übertragen, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Rechenwerk der Gesellschaft ihren Niederschlag gefunden haben. Die Abtretung beinhaltet die Übertragung der gesamten Rechtsstellung des Ausscheidenden auf den Eintretenden und begründet damit gleichzeitig eine pflichtenbegründende Aufnahme in die Gesellschaft, somit den Eintritt in das personenrechtliche Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern[4]. Folge der Abtretung ist also, daß die Rechtsstellung des alten Kommanditisten mit dem selben Recht auch hinsichtlich der Haftung auf den Erwerber übergeht. Falls allerdings der ausscheidende Kommanditist seine Einlage geleistet hat, ist sein Rechtsnachfolger nicht verpflichtet, sie noch einmal zu zahlen.

---

1) V. Tuhr I, S. 36o f.; BGH 13, 79 (186); 44, 229, 231; Huber, S. 364; Westermann Handbuch Rdn. 391; Wiedemann, S. 558 betont, daß das Übertragungsgeschäft i.S. einer Abtretung Elemente der Vertragsübernahme eines Veräußerungsgeschäftes sowie eines Austritts und Aufnahmevertrages enthält.

2) Fischer, Anm. 5 zu § 736 BGB; Westermann, Handbuch Rdn. 391.

3) BGH 48, 222.

4) Westermann, Handbuch Rdn. 391; Huber S. 4oo m.w.Nachw.

Folglich kommt auch eine zusätzliche Haftung des Eintretenden bei geleisteter KG Einlage nicht in Betracht[1].

b) Interessengerechte Regelung im Gesellschaftsvertrag

Bei der Beurteilung der Rechtsnatur und der Rechtsfolgen der Übertragung der Kommanditbeteiligung kommt es im Einzelfall auf die Ausgestaltung im Gesellschaftsvertrag an. Um Unklarheiten und Streitigkeiten bezüglich der Rechtsfolgen für die Betroffenen zu vermeiden, kann der Gesellschaftsvertrag für den Übertragungsfall die Rechte und Pflichten klarstellen. Im Hinblick auf den Kooperationszweck bietet sich die Möglichkeit, durch Nachfolgeklausel sicherzustellen, daß der Rechtsnachfolger des Unternehmens bzw. Betriebes usw. automatisch die Mitgliedschaft in der GmbH & Co erlangt. Die Übertragung vollzieht sich hier ohne Übertragungsakt und kann für das Kooperationsunternehmen eine optimale Lösung bedeuten, da das gesellschaftsrechtliche Gefüge unverändert bleibt. Auf diese Weise kann unabhängig von der Inhaberschaft des Mitgliedsunternehmens eine objektive Bindung erreicht werden. Eine andere Möglichkeit besteht darin, dem Erwerber der Unternehmensposition lediglich ein Aufnahmerecht zu gewähren und dies von bestimmten Voraussetzungen (Kooperationsbereitschaft) oder von einem qualifizierten Beschluß in der GmbH & Co abhängig zu machen.

---

1) Schlegelberger § 173 HGB A 11; die Haftungsbeschränkungen des Veräußerers kommt dem Erwerber praktisch zugute, vgl. Huber S. 399. Der alte und der neue Kommanditist haften allerdings beide als Gesamtschuldner, wenn die Einlage noch nicht geleistet war, bzw. wieder ausgezahlt wurde.

In diesem Fall ist zwar die Unternehmensbezogenheit eingeschränkt. Dies kann jedoch für die Kooperation nützlich sein, um z.B. zu verhindern, daß Wettbewerber oder andere nicht genehme Erwerber Mitglied werden.
Durch die Vereinbarung der Nachfolgeklausel oder eines Aufnahmerechts kann somit den Interessen der Mitglieder und des Erwerbers an der Beibehaltung der Integration Rechnung getragen werden.
Schließlich ist, um ein Auseinanderfallen der übertragenen Mitgliedschaft und des Unternehmens zu vermeiden, eine Regelung erforderlich, die die Übertragung der Mitgliedschaft losgelöst von der Unternehmensposition verbietet.
Diesen Interessen kann gesellschaftsrechtlich dadurch Rechnung getragen werden, daß die Verfügbarkeit über den Gesellschaftsanteil entsprechend der gesetzlichen Grundvorstellung wieder ausgeschlossen bzw. eingeschränkt wird. Um einerseits eine Bindung der Unternehmen an die Gesellschaft zu erreichen und andererseits eine flexible und interessengerechte Übertragung zu ermöglichen, kann die Zustimmung der Gesellschafter zur Übertragung an Bedingungen geknüpft werden, insbesondere eine Qualifikation des Erwerbers verlangt werden[1]. Gesellschaftsvertraglich geschieht die Kopplung von Mitgliedschaft und Unternehmen dadurch, daß die Übertragung der Mitgliedschaft nur wirksam wird, wenn gleichzeitig das betreffende Unternehmen, die betriebliche Anlage, Einrichtung usw., auf die sich das Kooperationsverhältnis stützt, mit übertragen wird[2].

---

1) Wiedemann, S. 63.

2) Vgl. die Kopplung von Mitgliedschaft und Produktionsstätte bei einer Verkaufsgemeinschaft, Benisch, Kooperationsfibel, S. 48o.

Damit ist eine starre gesellschaftliche Bindung vollzogen. Um Härten zu vermeiden und die Funktionsfähigkeit des Verbandes nicht zu belasten, kann eine lockere Regelung vereinbart werden etwa in dem Sinne, daß eine Übertragung auch dann möglich sei, wenn anstelle des integrierten Unternehmens ein Unternehmen tritt, das sich von seiner wirtschaftlichen Struktur in den Kooperationsverband einfügen läßt und die mitgliedschaftliche Funktion, die das ausscheidende Unternehmen innehatte, voll und ganz erfüllen kann.

c) Mitgliederwechsel in der GmbH

Anders als im Recht der Personenhandelsgesellschaften hat das GmbH Recht die Mitgliedschaft zu einem veräußerlichen Recht erklärt. Die Übertragung des Gesellschaftsanteils bewirkt, daß der Erwerber die Rechtsposition erhält, die der Gesellschaftsvertrag dem Zedenten zuerkannte. Ihm wird somit Kraft Gesetzes durch Zession die Stellung des Zedenten als Vertragspartei des Gesellschaftsvertrages verliehen, da Gegenstand des Übertragungsgeschäftes zwischen dem Abtretenden und dem Eintretenden die komplexe Mitgliedschaft in der Gesellschaft darstellt[1]. Durch die entsprechende Regelung im KG-Vertrag ist damit gewährleistet, daß die Mitgliedschaft in der GmbH & Co einheitlich übertragen werden kann.

Nicht einheitlich bewertet man jedoch, ob im Gesellschaftsvertrag der GmbH die Übertragbarkeit

---

1) Allerdings kann die Mitgliedschaft mit dem Rechtswechsel inhaltlich verändert werden; dem Rechtsnachfolger kann z.B. das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung, wie es sein Vorgänger hatte, zunächst vorenthalten werden.

der Anteile ausgeschlossen werden kann. Nach überwiegender Ansicht wird dies für zulässig erachtet, weil das Gesetz in § 15 Abs. 5 GmbH-Gesetz die Erschwerung durch die Satzung freistellt.[1] Verweigert die Gesellschaft ihre Zustimmung zur Übertragung eines vinkulierten Anteils, so ist damit die Verfügbarkeit ausgeschlossen. Daraus ergibt sich, daß auch bezüglich der Übertragung der Mitgliedschaft in der GmbH Gestaltungsspielraum besteht, so daß von vornherein die Gesellschafter die Übertragung beschränken und auch ausschließen können. Ist den Gesellschaftern jedoch die Verfügung über ihren Gesellschaftsanteil verboten, läßt die h.M. dem GmbH-Gesellschafter ein Austrittsrecht bei wichtigem Grund ähnlich wie bei den Personalgesellschaften zu[2].

Neben der Möglichkeit des gänzlichen satzungsgemäßen Verfügungsverbots über den Gesellschaftsanteil kann der Einfluß der Gesellschafter auf den Mitgliederbestand durch den Genehmigungsvorbehalt in § 15 Abs. 5 GmbH-Gesetz gesichert werden. Die Gesellschaft erhält durch den statuarischen Genehmigungsvorbehalt gem. § 15 Abs. 5 GmbH-Gesetz das Recht, dem Eintritt nicht erwünschter Erwerber zu widersprechen[3]. Ist darüber keine ausdrückliche

---

1) Baumbach-Hueck Anm. 1 zu § 15 GmbH-Gesetz, Scholz Anm. 42 zu § 15 mit Einschränkung des Willkürverbots; Hachenburg Anm. 2 zu § 15; bei satzungsgemäßer Zulässigkeit des Austrittsrechts, Feine, S. 37o; RG 8o, 175; 179; Fischer GmbH-Rundschau 73, 135; Schiefer, Betrieb 61, 57; Wiedemann, S. 77; a.A. Brodmann § 15 GmbH-Gesetz, Anm. 5a; Vogel § 15, Anm. 2.

2) Wiedemann, S. 7; ähnlich Scholz, Anm. 42 zu § 15 GmbH-Gesetz; Baumbach-Hueck, Anm. 1 zu § 15 GmbH-Gesetz.

3) Wiedemann, S. 84; Scholz, Anm. 4o zu § 15 GmbH-Gesetz; RG 68, 211; zwischen dinglichem Vertragsschluß und der Genehmigung bleibt der Abtretungsvertrag schwebend unwirksam. Wegen der Verfügungen während dieser Zeit vgl. Wiedemann, S. 1o5 f..

Regelung im Gesellschaftsvertrag getroffen, so hat nach h.M. die Zustimmung aller Gesellschafter zu erfolgen[1]. Begründet das Statut lediglich eine Genehmigungspflicht, enthält es aber keine ausdrücklichen Vorschriften und Gründe für die Versagung der Genehmigung steht die Erteilung der Genehmigung im Ermessen der Gesellschafter[2]. Die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit der für die Ablehnung maßgebenden Überlegungen der Gesellschafter können durch das Gericht nicht kontrolliert werden[3]. Der Ermessensspielraum ist jedoch zumindest begrenzt durch §§ 138, 226, 242 BGB. Das Gesellschaftergremium, das für die Genehmigung zuständig ist, darf nicht willkürlich und unter Verletzung des Prinzips der gleichmäßigen Behandlung entscheiden.[4]

Die Ausgestaltung der Genehmigungspflicht unterliegt somit der Vertragsautonomie. Die Gesellschafter können die Veräußerung des Anteils an bestimmte Bedingungen und Voraussetzungen knüpfen, Versagungsgründe katalogmäßig aufzählen oder einen bestimmten Rahmen oder Richtsätze als grundsätzliche Entscheidungsgrundlage aufführen oder

---

1) Sudhoff, S. 300; RG 68, 211; Scholz, Anm. 26 zu § 53 GmbH-Gesetz; a.A. Baumbach-Hueck, Anm. 5a zu § 15 GmbH-Gesetz, wonach das Einverständnis aller Gesellschafter herbeigeführt werden muß, wenn die unbeschränkte Veräußerlichkeit der Geschäftsanteile statuarisch als Sonderrecht bestimmt wurde.

2) RGZ 88, 319, 325.

3) RGZ 132, 149, 155.

4) RGZ 132, 156; Baumbach-Hueck, Anm. 5b zu § 15 GmbH-Gesetz; Hachenburg, Anm. 50 zu § 15 GmbH-Gesetz; Wiedemann, S. 106, abweichend Scholz, Anm. 49 zu § 15 GmbH-Gesetz.

gar die Veräußerung gänzlich ausschließen. Folglich läßt sich auch eine mit den entsprechenden Bestimmungen des KG-Vertrages korrespondierende Regelung der Übertragungsvoraussetzungen treffen[1] und die Begründung der Mitgliedschaft an die Übernahme oder Inhaberschaft einer bestimmten Unternehmensposition knüpfen.

d) Kopplung zwecks Erhaltung der Beteiligungsidentität

Zwar kann infolge der Vertragsautonomie die Unternehmensbezogenheit der Mitgliedschaft durch korrespondierende Regelungen des Ausscheidens und des Wechsels im KG- bzw. GmbH-Vertrag erreicht werden. Um die Identität der Beteiligungen in der KG und in der GmbH, die durch Ausscheiden und Wechsel gefährdet ist, zu gewährleisten, ist eine Verzahnung von KG- und GmbH-Vertrag erforderlich. Eine solche Verflechtung wird erreicht, indem man die Abtretung in der einen Gesellschaft von der Bedingung abhängig macht, daß zugleich auch die Übertragung in der anderen Gesellschaft auf den selben Rechtsnachfolger bzw. in der selben Art und Weise erfolgt. Ebenso wie die Abtretung kann und wird auch in der Regel die Neuaufnahme eines Mitgliedsunternehmens, also die Erhöhung des Mitgliederbestandes, bei der GmbH und in der KG zwecks Erhaltung der Identität verkoppelt werden in der Weise, daß eine Ausnahme nur zulässig ist, wenn derselbe Berechtigte bei beiden Gesellschaften ein entsprechendes Beteiligungsverhältnis übernimmt[2].

---

1) Vgl. Formulierungsbeispiele bei Sudhoff, S. 299.

2) Vgl. Sudhoff mit zahlreichen Formulierungsvorschlägen auf den Seiten 459, 506, 546 u. 592.

Auch das Ausscheiden bei der GmbH und der Austritt aus der KG können in dem Sinne verkoppelt werden, daß ein Austritt aus der GmbH nur wirksam erklärt werden kann, wenn der Gesellschafter gleichzeitig aus der KG ausscheidet und umgekehrt. Eine Regelung kann etwa in der Weise erfolgen, daß eine Einziehung des GmbH-Anteils bzw. eine Ausschließung aus der KG erfolgt, wenn nicht die Beteiligungenbei beiden Gesellschaften zugleich gekündigt werden[1].

Auf diese Weise wird die Beteiligungsidentität durch Verzahnung der Aufnahme- und Übertragungsbedingungen erhalten. Als besonders einfache und elegante Technik der Erhaltung der Beteiligungsidentität erweist sich die Konstruktion der Einheits-GmbH & Co KG, d.h. des Erwerbs aller Anteile der GmbH durch die GmbH & Co selbst. Auf diese Weise erhalten alle Kooperationspartner unmittelbar lediglich die Stellung als Kommanditisten und mittelbar als GmbH-Gesellschafter, so daß es allein auf die Gestaltung des Ausscheidens und des Wechsels in der KG ankommt.

Der Erwerb aller Anteile der Komplementär-GmbH durch die GmbH & Co ist bisher von der Rechtsprechung noch nicht entschieden worden, in der Literatur allerdings umstritten. Die gesellschaftsrechtliche Problematik liegt darin, daß die GmbH gesamthänderisch Mitinhaberin der an ihr bestehenden Anteile wird.

Gegen diese Gestaltung werden vor allem Einwände wegen des organisationsrechtlichen Status insbesondere wegen der Frage der Stimmrechtsausübung und aus dem Gesichtspunkt der Erhaltung des Stammkapitals der GmbH erhoben[2].

---

1) So etwa Sudhoff auf S. 336, 595, 55o, 5o9, 463.

2) Zur Problematik der Einheits-GmbH § Co KG neuerdings Eltermann, GmbH-Rundschau 73, 2o8 ff. vgl. Fußn. 1, Seite 27.

Unter Anerkennung einer vorsichtigen Integration des GmbH-Rechts in der GmbH & Co als Folge der Grundtypenvermischung kann man mit der wohl überwiegenden Meinung den Erwerb aller Anteile als zulässig erachten , sofern durch entsprechende vertragliche Gestaltung die Funktionsfähigkeit der Gesellschafterversammlung und die Sicherung des Stammkapitals der GmbH gewährleistet bleiben[1]. Ob diese Konstruktion allerdings im Hinblick auf das Ziel einer vereinfachten Sicherung der Beteiligungsidentität der konservativen Technik im Sinne einer Kopplung der Einzelregelungen vorzuziehen ist, kann angesichts der ohnehin nicht zu vermeidenden Abfassung von zwei Gesellschaftsverträgen zweifelhaft sein und wird von Zeit zu Zeit entschieden werden müssen[2].

4. Die Sicherung kooperativer Verpflichtungen

Allein die Kontrolle der Mitgliedschaft und auch die Verknüpfung der Mitgliedschaft mit dem Unternehmen reichen zur Sicherung der Integration nicht aus, wenn das Mitgliedsunternehmen an Inhaber veräußert wird, die kein Interesse an der Beibehaltung des Kooperationsverhältnisses haben. Ausdruck der tatsächlichen unternehmerischen Verflechtung und einer dauerhaften Integration ist jedoch die Verpflichtung der Mitglieder, ihre Unternehmen bzw. wesentliche Betriebe oder betriebliche Einrichtungen, die zwar ihre alleinigen Entscheidungsbefugnis unterliegen, aber dennoch für die Erfüllung der Kooperation erforderlich sind, nicht an Dritte zu veräußern, die keine Kooperationsbereitschaft zeigen.

---

1) Vgl. Fußn. 3 auf S. 29.

2) Sudhoff, in: Wiethölter, Aktuelle Probleme, S.71 hält diese Konstruktion zwar für grundsätzlich zulässig aber für nicht immer praktikabel.

Wenn die Unternehmensleitung des Mitgliedsunternehmens über Betriebe bzw. betriebliche Einrichtungen, die mit der Erfüllung der Kooperationsverpflichtungen betraut sind, ungebunden verfügen können, können alle Sicherungen der Unternehmenserhaltung des Kooperationsunternehmens umgangen werden. Ohne Übertragung der Kommanditanteile an der GmbH & Co KG oder formelle Kündigung der Mitgliedschaft wird durch die freie Verfügungsbefugnis der Mitgliedsbetriebe die Integration de facto beeinträchtigt.

a) Beschränkung der Verfügungsfreiheit über integrierte Positionen

Eine Möglichkeit besteht darin, die Verfügungsfreiheit der Mitgliedsunternehmen bezüglich der Betriebe oder der betrieblichen Einrichtungen, auf die sich das Kooperationsunternehmen bezieht, einzuschränken. Dieses Ziel kann zunächst in beschränktem Umfang dadurch erreicht werden, daß die Anlagen oder Betriebsstätten, auf die sich die ausgegliederten Funktionen beziehen, in die GmbH & Co eingebracht werden, wodurch sie der Gesamtheit aller Gesellschafter unterliegen. Damit ist die Unternehmensposition und die Mitgliedschaft gesellschaftsrechtlich gekoppelt. Eine ähnliche Wirkung ergibt sich durch Verpachtung der Einrichtungen. Nicht dingliche Rechte wie Nutzungsrechte, Rechte aus Lieferverträgen, Lizenzen usw. können ebenfalls auf die GmbH & Co übertragen werden (398 ff. BGB).

Soweit es sich um nichtausgegliederte Funktionen handelt, bleibt das Mitgliedsunternehmen rechtlich und wirtschaftlich selbständig, insoweit sind sie Unternehmensträger, die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter, verfügungsberechtigt und auch im Gegensatz zum Konzernbetrieb nicht an Weisungen

der GmbH & Co gebunden. Aber auch die Verfügungsfreiheit über solche Rechte und Gegenstände, die nicht auf das Kooperationsunternehmen übertragen oder abgetreten sind, kann angesichts der organisatorischen und funktionellen Verflechtung der Unternehmen eine Bestandsgefährdung des Kooperationsunternehmens verursachen. Das ist z.B. dann der Fall, wenn das Mitgliedsunternehmen im Rahmen der Kooperation die Herstellung bestimmter Rohstoffe oder die Zulieferung von Produktionseinheiten oder die Weiterverarbeitung bestimmter Teile oder die Überlassung der Kundschaft usw. vornehmen soll.

Die Verpflichtung, ihre unternehmerische Entscheidungsbefugnis bezüglich schädigender Verfügungen einzuschränken, kann in dem Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co ohne weiteres begründet werden. Diese Pflicht ist Ausdruck der Unternehmensbezogenheit der Mitgliedschaft in der GmbH & Co und entspringt dem Treuegedanken und dem Förderungszweck der Kooperation. Eine derartige Verpflichtung der Mitgliedschaft im Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co stellt jedoch ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot über ein veräußerliches Recht dar. Zwar ist als solche diese Verpflichtung wirksam, bedingt aber nicht die Nichtigkeit der Verfügung, § 137 BGB . Im Innenverhältnis können jedoch von der GmbH & Co im Veräußerungsfalle Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Gesellschafterverpflichtungen zulässig sein. Daneben kommt die Institution der Vertragsstrafe in Betracht. Außerdem können die Verfügungen über Unternehmenseinrichtungen und Anlagen der Mitgliedsunternehmen, die der Kooperation dienen, im Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co ausdrücklich als Ausschlußgrund mit entsprechenden nachteiligen Folgen manifestiert werden.

Als weitere Hilfsmaßnahmen kommen nur individualrechtliche Vereinbarungen wie Eintragung einer Vormerkung, dingliches Vorkaufsrecht, Bürgschaft usw. in Betracht[1]. Im Ergebnis ist jedoch zu bedenken, daß derartige Hilfsmaßnahmen, wie eine dingliche Sicherung,nur bei solchen Kooperationsverhältnissen möglich sind, bei denen es auf die Ausnutzung von betrieblichen Anlagen in den Mitgliedsbetrieben ankommt. Dies ist z.B. der Fall bei Verkaufsgemeinschaften, die die Produkte ihrer Mitgliedsunternehmen verkaufen. Haben die Mitgliedsunternehmen ihre Betriebsstätten wie z.B. Produktionsanlagen auf das gemeinsame Unternehmen ausgegliedert, besteht die Hauptaufgabe der Mitgliedsunternehmen somit nur in der Erhaltung des Kundenstammes, bzw. dem Verkauf oder dem Vertrieb, so ist eine dingliche Sicherung dieser Verpflichtungen nicht möglich. Allerdings steht dann auch nicht die Veräußerung von betrieblichen Anlagen, die dem Kooperationsverhältnis dienen, zur Diskussion.
In diesen Fällen wird das System der vertraglichen Sanktionen ausreichend sein.
Die Grenzen der vertraglichen Vereinbarungen liegen bei den allgemeinen Schranken der §§ 138, 134, 242 BGB. Darüber hinaus dürfen diese Maßnahmen nicht zur Umgehung des Kündigungsrechts führen, das gem. der Struktur der GmbH & Co als Personenhandelsgesellschaft zwingend vorgeschrieben ist[2]. Die zur Sicherung des Kooperationsverhältnisses erforderlichen Maßnahmen werden dann nicht als unzulässige Erschwerung der Kündigung anzusehen sein,

---

1) Bei Gefährdung des Anspruchs auf Unterlassung z.B. des Verkaufs kann dieser Anspruch durch einstweiligen Erlaß eines Veräußerungsverbots nach § 136 BGB gesichert werden, Furtner NJW 66, 182.

2) Westermann, Handbuch, Rdn. 450.

wenn die individualrechtliche Verpflichtung inhaltlich nicht darauf hinausläuft, die in der Mitgliedschaft begründeten Bindungen aufrecht zu erhalten, sondern losgelöst vom Mitgliedschaftsverhältnis erfüllt werden können.[1)]

b) Sicherung weiterer Mitwirkungspflichten der Mitglieder im Gesellschaftsvertrag

Auswirkung der unternehmensbezogenen Mitgliedschaft ist die praktische Ausübung kooperativer Verpflichtungen jedes einzelnen Mitglieds. Um das beteiligte Unternehmen als Wirtschaftsobjekt im Dienste der Kooperation zu erhalten und die Integration des Mitgliedsunternehmens in seiner praktischen Auswirkung zu sichern, kann der Beitrag des einzelnen Unternehmens entscheidend sein. Das Kooperationsgefüge kann auf die Ausübung einer bestimmten Funktion eines Mitglieds angewiesen sein und umgekehrt, wenn z.B. die gemeinsame Durchführung von Aufgaben wirtschaftlich nur sinnvoll ist, wenn eine gewisse Größenordnung erreicht ist. Da die Unternehmenskooperation und die funktionale Verflechtung in der jeweils vereinbarten Form Ausdruck und Inhalt der Mitgliedschaft sind, kann die übernommene Kooperationsverpflichtung dadurch gesichert werden, daß die Nichterfüllung als Ausschlußgrund mit entsprechenden Folgen vereinbart wird. In Anpassung an das GmbH-Recht können die Kommanditisten der GmbH & Co bei Verlust des Betriebes ohne Genehmigung der Kommanditisten die Einziehung der Geschäftsanteile anordnen. Um die GmbH & Co vor finanziellen Schaden zu bewahren, kann der Gesell-

---

1) Westermann, Betriebsbezogene Mitgliedschaft bei Genossenschaften, Festschrift für Geßler, S. 292.

schaftsvertrag den zwangsweisen Ausschluß ohne Abfindungsanspruch regeln, wenn z.B. die Nichterfüllung der Kooperationsverpflichtung zu einer erheblichen Gefährdung des Kooperationsverhältnisses führt. Mit Einverständnis aller kann daher der Gesellschaftsvertrag von vornherein festlegen, daß in solchen und anderen Fällen, wie z.B. der Nichtabnahme von Produktionsgütern des gemeinsamen Unternehmens, bei der Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen[1] sowie bei allen Handlungen, die das Zusammenspiel zwischen den Mitgliedsunternehmen und dem Kooperationsunternehmen sowie die betriebliche Verzahnung und das Kooperationsverhältnis erheblich gefährden, ein Ausschluß ohne Abfindungsanspruch erfolgen kann bzw. ein Schadensersatzanspruch oder eine Vertragsstrafe seitens der GmbH begründet wird. Voraussetzung ist, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung gewährt bleibt und angesichts der weittragenden Folgen die Gründe ausreichend bestimmbar sind.

Zusammenfassend kann man sagen, daß die Durchführung der Integration der Mitgliedsunternehmen durch vertragliche Regelungen einigermaßen abgesichert werden kann. Weitergehende Sicherungsmaßnahmen, wie z.B. die Übertragung von Gesellschaftsanteilen an die GmbH & Co oder an andere Mitgesellschafter der KG zwecks Sicherung des Kooperationsverhältnisses, können zwar eine erheblich stärkere Bindung hervorrufen, bedeuten aber letztlich die Aufgabe der rechtlichen und mitunter auch wirtschaftlichen Selbständigkeit der Mitgleidsunternehmen. Die Übernahme oder Veräußerung von Gesellschaftsanteilen auf das gemeinsame Unternehmen ist nach der Definition der Kooperation nicht mehr als solche zu verstehen, vielmehr be-

---

1) Vgl. S. 88 ff.

ginnt hier die Grenze zur Bildung eines Konzerns und zur Fusion.

II. Das Interesse der Kooperationspartner an der Einflußnahme auf den Mitgliederbestand in den Mitgliedsgesellschaften

1. Interessenlage

Die Beteiligten haben die Möglichkeit, durch den Gesellschaftsvertrag die wirtschaftliche und funktionale Verflechtung rechtlich durch eine interessengerechte Bindung der Unternehmen an das Kooperationsunternehmen zu sichern, so daß das Unternehmen als Wirtschaftseinheit dem Kooperationsgefüge objektiv erhalten bleibt. Dennoch ist ein Interesse der Kooperationspartner an der Person der Träger der Unternehmen nicht zu leugnen. Zwar ist die Mitgliedschaft in einem Kooperationsverhältnis auf eine tatsächliche Unternehmensposition abgestellt, letztlich bezieht sie sich aber notwendigerweise auf natürliche oder juristische Personen, da nur diese Träger von Rechten und Pflichten sein können. Schließlich beruht auch der Erfolg einer Kooperation nicht zuletzt auf einer partnerschaftlichen persönlichen Zusammenarbeit. Es liegt auf der Hand, daß bei Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft in der Kooperationsgesellschaft und objektiver Beibehaltung des Unternehmens als Wirtschaftseinheit das Ausscheiden und die Neuaufnahme eines Mitglieds in den Mitgliedsunternehmen sich auch auf die Kooperationsgesellschaft auswirkt. Das wird gerade dann deutlich, wenn der ausscheidende Gesellschafter der Mitgliedsgesellschaft vertretungsberechtigter Gesellschafter seiner Gesellschaft war oder eine andere wichtige Funktion in der Kooperationsge-

sellschaft ausübte. Eine weitere Auswirkung zeigt sich darin, daß auf diesem Wege Konkurrenzunternehmen beherrschende Anteile an den Mitgliedsunternehmen erwerben und mittelbar auf die Kooperation einwirken und die Integration gefährden können. Es ergibt sich somit als Ausdruck der tatsächlichen Verflechtung der Zusammenarbeit und der Intensität der Verflechtung, daß dem Kooperationsunternehmen in beschränktem Maße Einflußnahme bzw. Kontrolle über den Mitgliederbestand in den beteiligten Unternehmen zu gewähren ist[1].
Da z.B. der Mitgliederwechsel in einer Mitglieds-OHG den tatsächlichen Bestand der Mitgliedschaft in der GmbH & Co berührt, kann es im Interesse der Kooperationspartner liegen, wenn ein solcher Wechsel bzw. das Ausscheiden und eine Neuaufnahme von ihrer Zustimmung abhängig gemacht werden könnte. Dieses Interesse besteht nicht nur im Falle der Personengesellschaften als Mitgliedsunternehmen, sondern auch bei Kapitalgesellschaften, weil deren Gesellschafter als Träger des Unternehmens gleichsam auch Träger der GmbH & Co sind. Um sich auch hier vor Unterwanderungen durch Wettbewerber zu schützen, bietet das Zustimmungserfordernis eine Kontrollmöglichkeit.
Je personalistischer Mitgliedsunternehmen ausgerichtet sind und je mehr die Person, die Persönlichkeit oder die persönliche Leistung, ihr Ruf und Kredit im Vordergrund stehen, umso bedeutungsvoller kann das Ausscheiden oder die Übernahme einer Machtposition durch eine andere Person für das Kooperationsunternehmen sein.Das Interesse

---

1) Zur Festigung der Integration könnte man weiterhin an eine Einflußnahme der GmbH & Co auf die Beschlußfassung in den Mitgliedsgesellschaften denken. Eine solche Kontrolle würde jedoch letztlich die Selbständigkeit der Mitglieder aushöhlen und die Kooperation i.S. dieser Untersuchung vereiteln, da dann der GmbH & Co eine beherrschende Machtstellung i.S. einer Konzernmutter zukäme.

an einem Wechsel wird mit zunehmender Intensität körperschaftlicher und kapitalistischer Ausrichtung der Mitgliedsunternehmen abnehmen und kann bei einer reinen Anlagegesellschaft entfallen. Im Rahmen eines Kooperationsverhältnisses werden aber bei Publikumsgesellschaften die Kooperationspartner beim Verkauf von Aktienmehrheiten an fremde Erwerber oder Unternehmen nicht tatenlos zusehen wollen.

2. Unmittelbare Einwirkung aufgrund des GmbH & Co Vertrages

Man könnte zunächst daran denken, daß die im Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co getroffenen Regelungen bezüglich der Änderung des Mitgliedschaftsverhältnisses sich auch auf die Mitglieder der Mitgliedsgesellschaften bezöge. Eine solche in der Mitgliedschaft begründete Bindung bedeutet, daß die Mitglieder der Mitgliedsgesellschaften in unmittelbarer rechtlicher Beziehung zu der GmbH & Co stünden, also die Stellung von Mitgliedern erhielten.
Soweit es sich um Personengesellschaften handelt, könnte man deshalb an eine unmittelbare gesellschaftsrechtliche Beziehung denken, weil die Personengesellschaften keine juristischen Personen sind und ihnen folglich keine Rechtssubjektsqualität zukommt. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die OHG und die KG dennoch gewisse rechtliche Selbständigkeit genießen. Sie können unter ihrer Firma verklagt werden und stellen im gewissen Sinne eine rechtliche Einheit dar. Mitglieder der Kooperationsgesellschaft sind jedoch die Unternehmen als einheitliche Wirtschaftsobjekte und dementsprechend auf rechtlicher Ebene die das Unternehmen tragende Gesellschaft als Einheit. Die Mitglieder der Mitgliedsgesellschaft sind gesamthänderisch gebunden in ihrer Gesell-

schaft Mitglied der GmbH & Co. Die die Mitgliedschaft in der GmbH & Co umfassenden Rechte und Pflichten beziehen sich daher auf die Mitgliedsgesellschaft als Einheit.
Deutlicher wird dies bei Mitgliedsunternehmen in der Form der Kapitalgesellschaften, weil sich dort die Einheit ihrer Gesellschafter zu einem rechtlich selbständigen Verband, zur juristischen Person, verdichtet hat, welcher Bezugspunkt von Rechten und Pflichten ist.
Es kann somit festgehalten werden, daß Kapitalgesellschaften als juristische Personen und die Personengesellschaften in ihrer gesamthänderischen Bindung Beteiligte der GmbH & Co sind, als solche in einem Mitgliedschaftsverhältnis stehen, die Gesellschafter der Mitgliedsgesellschaften jedoch in Bezug auf die GmbH & Co keine unmittelbare rechtliche Beziehung haben. Man kann sie als "mittelbare" Mitglieder bezeichnen. Als solche unterliegen sie aber nur dem Gesellschaftsvertrag ihrer Mitgliedsgesellschaften. Die Folge ist, daß eine ohne den Willen der übrigen Gesellschafter der GmbH & Co erfolgter Beschluß bzw. ein Mitgliederwechsel in den Mitgliedsgesellschaften wirksam ist.

3. Vertraglich begründetes "Stimmrecht" der GmbH & Co

Die Einflußnahme der GmbH & Co auf die Mitgliedsgesellschaften kann durch die Konstruktion besonderer vertraglicher Vereinbarungen geschehen, etwa mit dem Inhalt, der GmbH & Co bzw. dem Beschlußorgan ein Zustimmungsrecht für den Fall des Mitgliederwechsels einzuräumen[1]. Dies kann

---

1) Die Einflußnahme Dritter auf das interne Gesellschaftsverhältnis stellt sich als Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter dar und berührt die Verbandssouveränität. Da die Erhaltung dieser Souveränität der Mitgliedsunternehmen erklärtes Ziel aller Beteiligten ist, kommt eine Einflußnahme im Wege der Übernahme von Beteiligungen nicht in Betracht.

in der Form eines Stimmbindungsvertrages zwischen den Gesellschaftern der Mitgliedsgesellschaften und der GmbH & Co geschehen oder durch die Einräumung eines "Stimmrechts" der GmbH & Co.

Naheliegend ist die gesellschaftsrechtliche Möglichkeit, in den Gesellschaftsverträgen der Mitgliedsgesellschaften das Zustimmungserfordernis der GmbH & Co zu manifestieren, ihr oder bestimmten Gremien ein gesellschaftsrechtliches Mitwirkungsrecht bei der Beschlußfassung in Form eines Stimmrechts zu geben. Die Verpflichtung dazu kann im Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co vereinbart oder bereits als Aufnahmebedingung vorausgesetzt werden.

a) Zulässigkeit des Stimmrechts für Nichtgesellschafter

Problematisch ist die Zulässigkeit der Übertragung des Stimmrechts auf Nichtgesellschafter. Eine solche Übertragung - hier auf ein Beschlußorgan der GmbH & Co oder auf die Mitgesellschafter der GmbH & Co - ist aus der Sicht der Mitgliedsgesellschaften zu beurteilen und stellt kein gesellschaftsvertragliches Problem der GmbH & Co KG dar.

Zunächst ist davon auszugehen, daß mitgliedschaftliche Rechte nur dem zustehen, der dem Mitgliedsverband angehört. Dies gilt grundsätzlich für Kapitalgesellschaften[1]. Für Personengesellschaften findet dieser Grundsatz hinsichtlich der Gesamthandsbefugnisse auch Anwendung, da nur die

---

1) Wiedemann, S. 29o m.w.Nachw., Fußn. 2.

Gesellschafter Träger des Gesamthandsvermögens sind[1]. Weiterhin ist anerkannt, daß in Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften einige Gesellschafterrechte, auf andere Personen übertragen werden können. Es steht den Gesellschaftern frei, sich zur Konkretisierung des Gesellschaftszwecks der Hilfe Dritter zu bedienen und ihnen sog. Mitwirkungsrechte zu übertragen[2].

b) Wirkung des Stimmrechts

Fraglich ist, ob diese Mitwirkungsbefugnis, die dem Dritten - hier der GmbH & Co - zugesprochen werden kann, dem Kooperationsunternehmen genügende Sicherung gegen Zuwiderhandlungen der Gesellschafter gibt, ob die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auch ohne Beachtung des Stimmrechts des Dritten wirksam sind.

---

1) Siehe Fußn. 1 v. S. 143.

2) Die Satzung der GmbH kann z.B. die Durchführung eines Beschlusses von der Zustimmung eines Dritten abhängig machen. Nach Baumbach-Hueck § 47, Anm. 2 A ist dies zulässig, soweit die Natur der GmbH als selbständige juristische Person nicht entgegensteht. Auch bei Personengesellschaften wird die Zulässigkeit der Übertragung von Mitwirkungsrechten auf Dritte anerkannt z.B. von BGH JZ 6o, 49o mit Zustimmung von Hueck. Einschränkend jedoch BGHZ 36, 292; weiterhin sprechen sich dafür aus: Düringer-Hachenberg-Flechtheim § 164 HGB Anm. 9; Schlegelberger-Geßler § 161, Rdz. 32; Hueck, Recht der OHG, S. 166, 167; Westermann, Handbuch Rdn. 275; Fischer-Ulmer Anm. 24 zu § 119 HGB; Wiedemann, S. 29o.

Handelt es sich um ein gesellschaftliches oder mitgliedschaftliches Stimmrecht, ist die Zuwiderhandlung der Gesellschafter nicht wirksam, weil es an der erforderlichen gesellschaftsvertraglichen Zustimmung fehlt. Erachtet man es aber als "außergesellschaftliches Stimmrecht"[1], hat es auf die Beschlußfassung keine Wirkung, kann jedoch eine schuldrechtliche Bindung zwischen den Vertragspartnern hervorrufen. In diesem Fall bleibt eine entgegenstehende Verfügung der Gesellschafter wirksam auch ohne die Zustimmung des Dritten.

Soweit es sich um Kapitalgesellschaften handelt, ist anerkannt, daß Nichtgesellschafter kein gesellschaftsrechtliches Stimmrecht haben können[2]. Ein Stimmrecht im "Rechtssinne" ist Ausfluß der Mitgliedschaft, entspringt der Zugehörigkeit zur Gesellschaft und ist damit verbunden[3]. Dementsprechend wird auch die Trennung von Stimmrecht und Mitgliedschaft als unzulässige Stimmrechtsabspaltung überwiegend als verboten erachtet. Von der verbotenen Stimmrechtsabspaltung unterscheidet sich die Schaffung des Stimmrechts dadurch, daß es nicht einem Mitglied genommen, sondern einem Dritten ein zusätzliches Recht verliehen wird. Damit wird nicht das Prinzip der Einheit von Stimmrecht und Mitgliedschaft in der Person der Gesellschafter beeinträchtigt[4]. Die Zuerkennung eines Stimm-

---

1) So Huber, S. 47, ähnlich Wiedemann, S. 29o.

2) Für die GmbH: z.B. Baumbach-Hueck § 47, 2. A; Scholz § 47 Rdn. 3 und 11; Hachenburg-Schmidt § 47 Anm. 4; für die AG ergibt sich dieser Grundsatz aus § 12 I, 114 I AktG - vgl. auch Hueck JZ 6o, 491.

3) So ausdrücklich Scholz § 47 Rdn. 3 und 11, ähnlich auch die vorher genannten Kommentare.

4) BGH JZ 6o, 49o.

rechts Dritter stellt sich vielmehr als Beschränkung der Ausübung der Gesellschafterrechte durch ein Mitspracherecht Dritter dar.

Wenn die Satzung ausdrücklich ein "Stimmrecht" statuiert, so kann darin ein unverbindliches Beratungsrecht oder auch im Wege der Auslegung eine obligatorische Verpflichtung der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter gegenüber dem Dritten gesehen werden. Beachten die Gesellschafter die obligatorische Verpflichtung nicht, so bleiben die Beschlüsse dennoch wirksam, da Gesellschaftsfremde Gesellschafterbeschlüsse weder verhindern noch anfechten können.
Für Personengesellschaften lassen die einschlägigen Kommentare Rechtsnatur und Wirkung solcher anerkannter Mitwirkungsrechte Dritter offen[1]. Hueck[2] sieht die Mitwirkung Dritter bei Gesellschafterbeschlüssen als "nichts anderes als die Gewährung eines Stimmrechts" an. Gleichzeitig weist er jedoch darauf hin, daß dies nicht zur Knebelung der Gesellschafter, zu einer sittenwidrigen Einschränkung ihrer Freiheit führen dürfe, es also zumindest aus wichtigem Grund entziehbar sein müsse[3]. Demgegenüber meinen Huber und Wiedemann übereinstimmend, das als Stimmrecht bezeichnete Mitwirkungsrecht sei dem aus der Mitgliedschaft entspringende Stimmrecht eines Gesellschafters nicht gleichzustellen, da der Nichtgesellschafter mit seinem Stimmrecht jederzeit ausgeschaltet werden könne, wenn die Gesellschafter sich darüber einig seien[4].

---

1) Düringer-Hachenberg-Flechtheim erkennen sie wohl als obligatorische Rechte an, da sie auf Schadensersatzansprüche hinweisen, § 164, Anm. 9.

2) JZ 6o, 49o f.

3) So auch Westermann, Handbuch, Rdz. 275, der betont, daß die Inhaber von Stimmrechten zu einer Art Gesellschaftsorgan werden, die die Interessen der Gesellschaft zu vertreten haben.

4) Huber S. 47 ff.; Wiedemann, S. 291 f.

Dieser Ansicht ist zu folgen. Sie ist darin begründet, daß die Gesellschafter jederzeit die Befugnisse haben, durch Änderung des Gesellschaftsvertrages mit der Zustimmung aller den Nichtgesellschafter auszuschalten. Entscheidend ist das Einverständnis aller Gesellschafter. Dies wird auch nicht durch den Gesellschaftsvertrag im Wege der Einführung eines Mehrheitsbeschlusses beschränkt, da in diesen Fällen die Zustimmung lediglich vorweg erteilt wurde. Eine zulässige modifizierte Regelung kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß es bezüglich der Wirksamkeit eines Beschlusses z.B. bezüglich der Übertragung eines Gesellschaftsanteils lediglich auf das Einverständnis aller ankommt. Sind trotz entgegenstehender Regelungen in der Satzung alle einverstanden, wird der Beschluß über die Verfügung eines Gesellschaftsanteils mit oder ohne Zustimmung Dritter wirksam. Diese Folge ergibt sich aus den allgemeinen Prinzipien des Rechtsgeschäfts[1]. Wenn es den Gesellschaftern überlassen bleibt, die Wirksamkeit ihrer Entscheidung von der Mitsprache Dritter abhängig zu machen, so steht es ihnen auch frei, diese sich selbst auferlegte Bindung wieder mit gesellschaftsrechtlicher Wirkung zu lösen[2]. Dementsprechend kann der Gesellschaftsvertrag jederzeit mit der erforderlichen Zustimmung der Gesellschafter geändert und das Mitwirkungsrecht Dritter aufgehoben werden. Einen die Zustimmung Dritter mißachtenden Beschluß wird man konkludent als entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages ansehen können.

Dieses Ergebnis entspricht letztlich auch in seiner Begründung der in der Literatur zum Stimmrecht eines GmbH-Gesellschafters vertretenen Ansicht. Ebenso wie

---

1) Huber, S. 47.

2) Huber, S. 49; ähnlich Fischer-Ulmer § 119 A 24; Schl.-Geßler § 119, I.

dort ist auch in der Personengesellschaft das Stimmrecht Inhalt der Mitgliedschaft. Das kommt insbesondere in dem auch für Personengesellschaften gültigen Prinzip der Unzulässigkeit der Stimmrechtsabspaltung zum Ausdruck. Dem widerspricht es, wenn das Stimmrecht, das einem Mitglied untrennbar zugeordnet ist, auf ein anderes übertragen wird. Diesem Grundsatz widerspricht es aber auch, wenn ein neues Mitgliedschaftsrecht begründet wird, ohne es einem Mitglied zuzuordnen, wie es bei der Verleihung eines Stimmrechts an Dritte der Fall wäre. Die vertragliche Zuerkennung eines "Stimmrechts" Dritter kann daher auch nicht den gleichen Inhalt haben wie ein mitgliedschaftliches Stimmrecht. Das von Huber als "außergesellschaftsrechtlich" bezeichnetes Stimmrecht eines Nichtgesellschafters[1] kann sich somit nur als Beratungsrecht darstellen, das die Gesellschafter entweder nicht bindet oder als schuldrechtlichen Anspruch des Nichtgesellschafters, der die Gesellschafter verpflichtet, den Weisungen zu folgen[2].

Ob das eine oder das andere gewollt ist, richtet sich nach dem Willen der Beteiligten und muß notfalls durch Auslegung ermittelt werden. Wollten die Gesellschafter mit der Begründung eines Stimmrechts eine schuldrechtliche Bindung an die Weisung des Nichtgesellschafters eingehen, liegt darin der Ab-

---

1) So auch Baumbach-Hueck § 47 A 2.

2) Beratungsverträge werden häufig mit Wirtschaftsprüfern oder Rechtsanwälten geschlossen, Gesellschafter und beratende Nichtgesllschafter stehen i.d.R. in einem Dienstverhältnis. Mit Recht weist Huber S. 5o darauf hin, daß in großen Gesellschaften mit vielen Gesellschaftern kaum damit zu rechnen sein wird, daß sich alle Mitgesellschafter dazu bereit erklären, das Stimmrecht des "Dritten" zu übergehen oder durch entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages aufzuheben, so daß Beiräte durchaus ihre Funktion erfüllten.

schluß eines Stimmbindungsvertrages. Ob und inwieweit dieser zulässig ist und im Rahmen des Kooperationsverhältnisses der GmbH & Co einen maßgeblichen Einfluß verschaffen kann, soll im folgenden behandelt werden.
Festzuhalten ist somit, daß das im Gesellschaftsvertrag der Mitgliedsgesellschaften verankerte Zustimmungsrecht der GmbH & Co kein mitgliedschaftliches Stimmrecht darstellt. Der so gesicherte Einfluß der GmbH & Co kann jederzeit aufgehoben werden und damit keinen wirksamen Gesellschafterwechsel in den Mitgliedsgesellschaften vereiteln.

4. Stimmrechtsbindung

a) Allgemeine Zulässigkeit und Wirkung von Stimmbindungsverträgen
Stimmbindungsvereinbarungen oder Stimmbindungsverträge sind die Mittel der Einflußnahme der GmbH & Co auf den Mitgliederbestand ihrer Mitgliedsgesellschaften. Die Mitgliedsgesellschaft oder ihre Gesellschafter können sich gegenüber der GmbH & Co verpflichten, nach ihren Weisungen abzustimmen.
Die h.M. und Rechtsprechung haben diese Vereinbarungen, die auf der Vertragsfreiheit der Gesellschafter beruhen, sowohl in Kapitalgesellschaften als auch in Personalgesellschaften anerkannt. Dies gilt für Verträge zwischen Gesellschaftern untereinander und für Vereinbarungen mit Dritten[1]. Die Wirkung

---

1) Für Kapitalgesellschaften: RGZ 1o7, 67, 7o; 119,33; Busse,BB 61 261 m.w.Nachw.; a.A. Baumbach-Duden § 119, Anm. 2 e. Für Personalgesellschaften Fischer-Ulmer Anm. 23 zu § 119; Busse, BB 61, 262; Westermann, Handbuch, Rdn. 277; Hueck, § 11 II 3; Huber S. 47; Hueck, Festschrift für Nipperdey, 1965, S. 4o1 ff.. Die Rechtsprechung hat bisher nur einmal in BGH NJW 51, 268 für den Bereich der Personalgesellschaften Stellung genommen und Stimmrechtsbindungen zwischen Gesellschaftern einer OHG bejaht.

zulässiger Stimmbindungsverträge ist insoweit begrenzt als sie nur schuldrechtliche Bindungen hervorrufen. Die Bindungswirkung besteht nur im Verhältnis der Vertragspartner. Die Stimmabgabe gegen den Willen der Begünstigten läßt die Gültigkeit des Gesellschaftsbeschlusses unberührt[1].

Die GmbH & Co kann damit durch Verpflichtung der Gesellschafter der Mitgliedsgesellschaften, auch wenn diese im Gesellschaftsvertrag verankert ist, nur obligatorischen Einfluß ausüben. Dieser ist jedoch nicht zu unterschätzen. Die neuere Rechtsprechung und die herrschende Meinung sprechen dem Vertragspartner die Erfüllungsklage und auch ihre Vollstreckung nach § 894 ZPO zu, unabhängig davon, ob dieser Weg aus Zeitgründen ausgeschlossen ist oder die Wirkung der Vollstreckung durch erneuten Gesellschafterbeschluß wieder beeinträchtigt werden kann[2].

Ist die Erfüllung sinnlos, Schadensersatz wegen der Schwierigkeiten des Nachweises und der Schadensfülle mit Zeitaufwand verbunden, kommt als geeignetes Druckmittel die Vereinbarung einer Vertragsstrafe in Betracht[3]. Da die Gefahr besteht, daß die Bindung der Gesellschafter, - insbesondere bei Bindung gegenüber Fremden - zu einem gesellschaftswidrigen Verhalten zwingt, wird die Zulässigkeit solcher Verträge für Kapitalgesellschaften durch die allgemeinen Schranken der §§ 138, 134 BGB begrenzt[4].

---

1) Z.B. Fischer-Ulmer Anm. 23 zu § 119.

2) BGHZ 48, 163, 17o f.; Westermann, Handbuch, Rdn. 277; Robert Fischer GmbH-Rundschau 53, 68.

3) Westermann, Handbuch, Rdn. 277; die Vertragsstrafe kann auch in der Verpflichtung zur Übertragung des Anteils z.B. an einen vom Vertragspartner zu benennenden Dritten bestehen.

4) RG 131, 183; 133, 92; Baumbach-Hueck, AktG § 118, Rdn. 8; Baumbach-Hueck GmbH-Gesetz § 47, Anm. 3 C.

Bei Personengesellschaften kommt als weitere Einschränkung die sich aus der personellen Struktur ergebende Treuepflicht hinzu[1]. Insbesondere gelten Abstimmungsvereinbarungen als nichtig, wenn sie zur Vergewaltigung der Minderheit oder zu sittenwidriger Knebelung des gebundenen Gesellschafters führen, die Gesellschaft schädigen oder die Vereinbarung den schutzwerten Interessen der Gesellschaft zuwiderläuft.[2]

Soweit Stimmbindungsvereinbarungen aus den genannten Gründen unzulässig sind, bleiben sie unwirksam und begründen keinerlei Ansprüche des Begünstigten[3]. Bei der Beurteilung der Unzulässigkeit der Vereinbarungen ist jedoch davon auszugehen, daß nur die bloße Möglichkeit, die Vereinbarung könne mißbräuchlichen Zwecken dienen, nicht ausreicht, um sie schlechthin als sittenwidrig anzusehen, es sei denn, es lägen besondere Umstände vor - z.B. ein Knebelungsvertrag oder die Verpflichtung zu unsachgemäßen Anträgen -, die schon von vornherein zur Nichtigkeit führen. Erst wenn im Einzelfall die Wirkung der Vereinbarung die schutzwerten Interessen der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter berührt, kann Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit oder wegen Verletzung der Treuepflicht in Betracht kommen[4].

---

1) So insbesondere Hueck, Recht der OHG S. 167 und in Festschrift für Nipperdey S. 401 ff.; Westermann, Handbuch, Rdn. 277; Schlegelberger-Geßler § 119, Anm. 1 Abs. 4 erkennt bei Verstoß gegen Gesellschafterinteressen Unwirksamkeit an; ähnlich auch Fischer-Ulmer § 119, Anm. 34.

2) Fischer-Ulmer Anm. 23 zu § 119; Robert Fischer GmbH-Rundschau 53, 65 ff. m.w.Nachw.; RG 131, 183; 133, 92.

3) Busse, BB 61, 263.

4) Robert Fischer, GmbH-Rundschau 53, 65.

b) Die Zulässigkeit und Wirkung der Bindung aller Gesellschafter unter Berücksichtigung des Kooperationszwecks

Ausgehend von den allgemeinen Grundsätzen ist zu prüfen, ob die Stimmbindung aller Gesellschafter zulässig ist. Die Verpflichtung aller Gesellschafter oder der Mitgliedsgesellschaft als Einheit, sich z.B. im Falle des Mitgliederwechsels an die Zustimmung der GmbH & Co zu binden, bedeutet eine weitgehende Einflußnahme auf das gesellschaftsrechtliche Innenverhältnis. Auch wenn diese Bindung nicht zu einer Beschränkung der Verfügungsbefugnis führt, so stellen sich die Gesellschafter doch schuldrechtlich unter die Kuratel eines Nichtgesellschafters. Es ist nicht zu verkennen, daß diese Verpflichtung aller eine stärkere Bindung und intensivere Steuerung des Schicksals der Gesellschaft hervorruft als die Bindung einer einzelnen Stimme und somit eher geeignet ist, die Gesellschaft schädigend zu beeinflussen oder zu treuwidrigem Verhalten zu veranlassen. Nach h.M. kommt es aber auf die Möglichkeit der gesellschaftswidrigen Beeinflussung nicht an, vielmehr ist die tatsächliche Auswirkung im Einzelfall entscheidend[1]. Solange diese nicht konkretisierbar ist, ist auch die Bindung aller Gesellschafter zunächst als wirksam anzusehen.

aa) Einschränkung durch § 138 BGB

Im Gegensatz dazu hält Huber[2] die statuarische Verpflichtung aller unter die Kuratel eines Dritten für eine sittenwidrige Knebelung und daher nichtige Vereinbarung. Dem ist entgegenzuhalten, daß jede schuldrechtliche Verpflichtung die Entschließungsfreiheit im Rahmen der eingegangenen Verpflichtung einschränkt[3].

---

1) S. Fußn. 4 v. S. 151.

2) S. 50.

3) BGHZ 48, 163, 171.

Einer sittenwidrigen Knebelung liegt jedoch der Gedanke des Mißbrauchs dieser Machtstellung und der Übervorteilung des Partners zugrunde. Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit sind daher alle Umstände des Einzelfalles und die schutzwürdigen Interessen beider Parteien zu beachten. Huber verkennt auch nicht, daß die Frage anders zu beurteilen sei, wenn der Vertragspartner ein eigenes schutzwertes Interesse habe[1]. Ob die Stimmbindung eine Beeinträchtigung der Interessen der Mitgliedsgesellschaft beinhaltet und inwieweit billigenswerte Belange des Dritten zu berücksichtigen sind, kann im Einzelfall problematisch sein[2]. Im Rahmen des Kooperationsverhältnisses sind jedoch Anhaltspunkte ersichtlich, die - unter Vorbehalt der Einzelsituation - allgemein der GmbH & Co ein schutzwertes Interesse geben. Dies ergibt sich aus dem Kooperationszweck und der mitgliedschaftlichen Verbundenheit der Partner des Stimmbindungsvertrages. Vor dem Hintergrund der bezweckten Förderung aller und der Erhaltung des gemeinsamen Unternehmens - somit der Grundlage der Bildung des Kooperationsverhältnisses und der daraus resultierenden Verpflichtungen - soll die Stimmbindung die Einflußnahme auf das gesellschaftliche Innenverhältnis im Falle des Mitgliederwechsels ermöglichen, um allen Kooperationspartnern Kontrolle über den "mittelbaren Mitgliederbestand" zu geben mit dem Ziel, unerwünschten Fremdunternehmen über die Erlangung der Beteiligung an einer Mitgliedsgesellschaft den mittelbaren Eintritt und unmittelbaren Einblick in das Kooperationsunternehmen zu verwehren. Das Mittel der Stimmbindung dient letztlich der Förderung der Kooperation und damit den Interessen aller Beteiligten. Der Umstand, daß die Stimmbindung vom Zweck her keine ein-

---

1) S. 5o Fußn. 69 unter Hinweis auf Wiedemann, S. 291.

2) Busse DB 61, 262 gibt Beispiele für schutzwerte Positionen an, z.B. die zulässige Stimmbindung einer Konzerngesellschaft an ihre Muttgesellschaft mit dem Zweck der Konzernangleichung.

seitige Bevorteilung beinhaltet, ist gegenüber dem Verdacht der Sittenwidrigkeit erheblich.
Weiter ist zu berücksichtigen, daß die Stimmbindungsvereinbarung überlagert wird durch das Mitgliedschaftsverhältnis als umfassende Rechtsbeziehung und der Festigung der mitgliedschaftlichen Beziehungen dient. Sie stellt sich als Konkretisierung einer mitgliedschaftlichen Pflicht dar, zu deren Einhaltung zwar nicht die Gesellschafter selbst, aber ihre Gesellschaft als Ganzes verpflichtet ist. Allein diese mitgliedschaftliche Position und daraus resultierende Treuepflichten der Mitgliedsgesellschaft geben der GmbH & Co ein schutzwertes Interesse an der Einhaltung und Durchsetzung der Bindung. Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co kann die Nichtbeachtung der Weisungen als Pflichtverletzung manifestieren mit den üblichen gesellschaftsrechtlichen Folgen. Er kann eine Vertragsstrafe auferlegen oder z.B. bei Gefährdung des Kooperationszwecks als letztes Mittel den Ausschluß der Mitgliedsgesellschaft anordnen. Das letztere kann insbesondere dann gerechtfertigt sein, wenn die gemeinsamen Anteile einer Mitgliedsgesellschaft übertragen werden sollen. Auch im Falle nicht vertraglich geregelter Zustimmungserfordernisse kann sich im Einzelfalle aus der Treuepflicht die Verpflichtung der Mitgliedsgesellschaft ergeben, im Falle des Mitgliederwechsels ein Mitspracherecht der GmbH & Co zu dulden.
Bei der Abwägung der mitgliedschaftlichen Bindung an die GmbH & Co und den Interessen der Gesellschafter der Mitgliedsgesellschaft, die sich aus dem internen Gesellschaftsverhältnis ergeben, wird der GmbH & Co ein aus dem Mitgliedschaftsverhältnis entspringendes schutzwürdiges Interesse zuzurechnen sein, so daß auch nach der einschränkenden Ansicht von Huber Nichtigkeit wegen sittenwidriger Knebelung angesichts der berechtigten Interessen des Vertragspartners nicht anzunehmen ist.

bb) Einschränkung durch Treuepflicht

Dennoch ist nicht zu verkennen, daß die Gesellschafter der Mitgliedsgesellschaften in eine Kollisionslage geraten, wenn die Befolgung der Weisung der Treuebindung, die sie gegenüber ihrer Gesellschaft haben, entgegensteht. Wenn auch die Stimmbindung ihre Wirkung nicht wegen Sittenwidrigkeit einbüßt, schließt dies nicht aus, daß die Gesellschafter dennoch nicht zu der versprochenen Bindung verpflichtet sind, wenn sie dadurch ihre Treuepflicht gegenüber ihrer Gesellschaft verletzen würden. Aber auch hier handelt es sich um eine Frage der Auswirkung im Einzelfall. Der mehr oder weniger stark ausgeprägte Treuegedanke in den Mitgliedsgesellschaften steht generell der Eingehung einer Stimmverpflichtung gegenüber Dritten nicht entgegen. Allein die aus dieser Bindung erfolgte Einzelweisung unterliegt in jedem Falle dem das Gesellschaftsverhältnis beherrschenden Treuegedanken[1], dem in Personengesellschaften in der Regel ein stärkeres Gewicht zukommt als bei Kapitalgesellschaften[2]. Der Treuepflicht als bindende Schranke gegenüber Abstimmungsvereinbarungen kommt vor allem bei Personengesellschaften Bedeutung zu, soweit für die Gesellschafter eine Stimmpflicht besteht, z.B. bei der Abstimmung über Geschäftsführungsmaßnahmen, bei deren Erfüllung die Interessen der Gesellschaft in jeder Weise zu berücksichtigen sind[3].

---

1) So ausdrücklich Hueck in Festschrift für Nipperdey, S. 401, 413.

2) Baumbach-Hueck, AktG Überblick vor § 54, Rdn. 11 und Überblick vor § 13 Anm. A 2 b.

3) Hueck, in: Festschrift für Nipperdey S. 401 ff. hält die Treuepflicht bei Beschlüssen bezüglich Geschäftsführungsmaßnahmen für so entscheidend, daß sie gegenüber jeglicher Bindung vorrangig seien und die Beschlüsse daher nicht wirksam seien, wenn sie dem Gesellschaftsinteresse wiedersprächen. Bei Beschlüssen, die die Grundlage der Gesellschaft betreffen, fehle es an einer inhaltlich bindenden Treuepflicht, da für diesen Fall keine Stimmpflicht bestehe; ähnlich: Fischer-Ulmer, § 105, 31 c; Robert Fischer NJW 54, 780; Zöllner, S. 63, 345 f.; BGH LM 108 zu § 105 HGB, Nr. 8 zu § 138 HGB.

Einer weniger starken Treuebindung unterliegen die Gesellschafter bei Beschlüssen über die Änderung des ganzen Gesellschaftsverhältnisses - z.B. bei der Aufnahme und dem Wechsel der Mitglieder - , da bei der Entscheidung darüber (anders als bei Geschäftsführungsmaßnahmen) mehr das Interesse des Einzelnen im Vordergrund steht. Aber auch bei Vertragsänderungen kann es erforderlich sein, daß die Gesellschafter sich vom Treuegedanken leiten lassen müssen, wenn die wirtschaftliche Lage unhaltbar geworden ist, die Anpassung an die Verhältnisse dringend geboten ist, was bei Abschluß des Vertrages nicht vorauszusehen war und die Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaft dringend erforderlich ist.[1] Es kommt daher auf die Struktur, die Dauer der vertraglichen Beziehung, der Auswirkung der unterbliebenen Änderung, dem Anlaß dafür usw. an und erfordert im übrigen in jedem Einzelfall eine sorgfältige Abwägung aller Umstände und widerstreitenden Interessen[2].

cc) Erhaltung der Souveränität als Schranke des Außeneinflusses und als Inhalt der Treuepflicht

Die Grenze der Einflußnahme läßt sich kaum allgemein bestimmen und orientiert sich an verschiedenen Punkten und unter anderem auch an der Förderung des gemeinsamen Zwecks in der vom Gesellschaftsvertrag bestimmten Art und Weise einschließlich der daraus resultierenden Verpflichtungen und Interessen. Diese liegen auch in der Beteiligung an dem Kooperationsverhältnis und in der Mitgliedschaft in der GmbH & Co. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Verpflichtung zur Einhaltung der Weisung der GmbH & Co

---

1) BGH LM Nr. 8 zu § 138 HGB.

2) Vgl. Fischer-Ulmer, Anm. 31 C zu § 1o5 HGB; Westermann, Handbuch, Rdn. 277.

im Einzelfall einen Treueverstoß darstellt, also die Interessen der Mitgliedsgesellschaft verletzt, ist zu berücksichtigen, daß eben dieses Gesellschaftsinteresse auch die mitgliedschaftlichen Beziehungen und Verpflichtungen zur GmbH & Co umfaßt, so daß auch die aus dieser Beziehung ergebenden Folgen und Auswirkungen auf die Gesellschaft beachtet werden müssen. Zwar entspricht dem Kooperationszweck die Sicherung des Kooperationsunternehmens und die Berücksichtigung der Interessen der Gemeinschaft. Allerdings darf dies nicht zu einer generellen Bevorzugung der mitgliedschaftlichen Belange führen. Zielsetzung und Grundlage der Zusammenarbeit ist die Erhaltung der rechtlichen und wirtschaftlichen Souveränität der Mitgliedsgesellschaften. Dieses drückt sich in der Entscheidungsautonomie der Gesellschafter über das Schicksal ihres Unternehmens aus[1].

Zwar verzichten sie teilweise auf ihre Entscheidungsautonomie bezüglich der Unternehmensbereiche, die durch das gemeinsame Unternehmen wahrgenommen werden, soweit wie es die mitgliedschaftliche Bindung erfordert. Im übrigen wollen sie sich nicht der Fremdsteuerung durch die GmbH & Co unterwerfen.

Die gesellschaftsrechtlichen Entscheidungen sollen vielmehr von den Mitgliedern der Gesellschaft selbst bzw. von ihren Organen, die allein im Interesse der Gesellschaft handeln, getroffen werden können. Anderenfalls besteht die Gefahr, daß das Schicksal

---

1) Die autonome Entscheidungsfähigkeit über die Gesellschaftsgrundlagen zeigt sich z.B. in der Eilzuständigkeit der Satzungsgestaltung der Hauptversammlung im Aktienrecht, vgl. Baumbach-Hueck Rdn. 4 zu § 179 AktG; Wiedemann in: Großkommentar zum AktG Anm. 4 zu § 179.

der Gesellschaft von Fremden, die nicht die Interessen der Gesellschaft befolgen, beherrscht wird.[1] Dem Bestreben nach Beibehaltung der Entscheidungsautonomie bezüglich der Grundlage der Gesellschaft widerspricht es, wenn diese sich unter ein beherrschendes und unverrückbares Weisungsrecht der GmbH & Co unterwerfen. Diese Entwicklung entspricht weder dem objektiven Interesse der Mitgliedsgesellschaft noch dem Wunsch der übrigen Unternehmen, da auf diese Weise das Kräfteverhältnis einseitig auf die GmbH & Co verlagert wird und diese eine beherrschende Position erlangen kann. Der Verlust der Souveränität der Mitgliedsunternehmen führt aber zur nicht gewünschten Konzerneingliederung. Soweit der Einfluß der GmbH & Co beschränkbar ist und kontrolliert werden kann, wird die Verbandssouveränität der Mitglieder nicht berührt. Sie stellt sich somit als variable Grenze der Vertragsautonomie dar und steht einem eingegrenzten Außeneinfluß nicht entgegen, setzt aber die "Grenze, an der gewollte und zulässige Selbstbeschränkung in unzulässige Selbstentäußerung übergeht"[2].

Im Kooperationsverhältnis bildet daher das gesellschaftliche Interesse aller an der Erhaltung der Souveränität eine fließende Grenze der Bindung an

---

1) Der Grundsatz der Entscheidungssouveränität - BGHZ 33, 1o8 - wird von Wiedemann, Verbandssouveränität und Außeneinfluß S. 1o5 ff. - als tragender gesellschaftsrechtlicher Gedanke angesehen, der durch das Prinzip des Selbstschutzes begründet ist. Danach soll verhindert werden, daß sich die Mitglieder eines Verbandes durch Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf Fremde ihres notwendigen Interessenschutzes begeben. In diesem Sinne wird auch teilweise mit § 137 BGB argumentiert. Eine ähnliche verfügungsgleiche Dispositionsfreiheit müsse auch den Gesellschaftern zustehen. Teichmann S. 122, vergleicht die Entscheidungsbefugnis mit dem politischen Recht, das nicht abtretbar sei. Vgl. H.P. Westermann, Vertragsfreiheit, S. 396.

2) Wiedemann, S. 115.

die Weisungen der GmbH & Co. Sobald eine Treuepflicht in den Mitgliedsgesellschaften vorhanden ist, ist diese durch das Bestreben nach Erhaltung der Souveränität konkretisiert.
Zusammenfassend kann man sagen: Soweit die Verweigerung der Zustimmung der GmbH & Co zur Neuaufnahme oder zum Wechsel eines Gesellschafters nicht objektiv die Gesellschaftsinteressen der Mitgliedsgesellschaft und ihre Souveränität verletzt, erweist sich die Stimmbindungsvereinbarung als wirksame Kontrolle der GmbH & Co. Die Möglichkeiten im Falle der Weigerung der Einhaltung der Stimmbindung, sich auf die Treuepflicht zu berufen, dürften daher sehr gering sein; die Weigerung wäre berechtigt, wenn die Neuaufnahme zwecks Kapitalzuflusses aus Gründen der Erhaltung der Selbständigkeit unbedingt erforderlich ist. Allerdings entspräche die Aufnahme eines Gesellschafters, der an einem Konkurrenzunternehmen der GmbH & Co beteiligt ist, nicht der Treuepflicht. Unzulässig dürfte die Bindung sein, wenn das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Mitgliedsgesellschaft wegen Vorliegens eines "wichtigen Grundes" gestattet werden muß, wenn die Beibehaltung eines Gesellschafters den Mitgesellschaftern unzumutbar ist, weil dieser sich geschäftsschädigend verhält oder die Voraussetzungen eines Ausschlußgrundes verwirklicht[1].

---

1) Hueck, JZ 6o, 491 und Fischer-Ulmer § 119, Anm. 2 weisen mit Recht darauf hin, daß einem Nichtgesellschafter das Stimmrecht bei wichtigem Grund entzogen werden könnte.

Lebenslauf

Am 4.3.1943 wurde ich als erstes Kind des Industriekaufmannes Werner Giesen und seiner Ehefrau Eleonore, geb. Malecha, in Mülheim/Ruhr geboren.
Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.
Nach dem Besuch der Volksschule und des städtischen Gymnasiums in Mülheim/Ruhr legte ich am 26.11.1965 am Max-Planck-Gymnasium in Rüsselsheim als Externer die Reifeprüfung ab.
Im Sommer 1966 nahm ich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Bochum auf und setzte es nach einem Semester an der Universität Münster fort. Nach fünf Semestern in Münster studierte ich ein Semester in Würzburg und schloß nach weiteren drei Semestern an der Universität Münster das Studium mit dem ersten juristischen Staatsexamen vor dem Oberlandesgericht Hamm am 13.3.1971 ab.
Während der folgenden Referendarzeit, die ich im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf verbrachte, war ich von 1972-1975 als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Berg-und Energierecht an der Universität Münster tätig.
Am 29. Juli 1975 bestand ich das zweite juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt Düsseldorf.
Seit September 1975 bin ich als Richter a.P, am Landgericht Duisburg angestellt.
Ich bin verheiratet und habe zwei Kinder.